Das

Churfürstlich Mainz'sche Land-Recht

vom Jahre 1755

mit Erläuterung und Ergänzung aus dem gemeinen Rechte, und unter Vergleichung mit den rheinischen, sowie mit anderen Partikularrechten fränkischen Ursprungs, mit der Frankfurter Reformation &c &c.

für die Anwendung bearbeitet

von

Dr. Heinrich Karl Kurz,
k. bayer. Bezirksgerichts-Direktor.

Aschaffenburg, 1866.
Gedruckt in der A. Wailandt'schen Druckerei.

Vorwort.

Ungeachtet des Bedürfnisses neuer, dem jetzigen Verkehre entsprechender Gesetze haben die deutschen Land- und Partikularrechte, als Normen des Familienrechtes, ihre Wurzeln im Volksbewußtsein, aus welchem sie entstanden sind, nicht verloren; da ihre Wirkungen für die unter ihrer Herrschaft begründete Familie erst mit dieser selbst erlöschen, erbt sich dieses Bewußtsein von der Familie zu ihren Zweigen fort, so daß sich der Sinn dieses Rechtes in vielen Beziehungen klarer in der Familientradition als im Gesetzbuche erhalten hat. Nur die Richter, welche das Recht finden, und das Recht sprechen sollen, wechseln, und mit ihnen wechselt dessen Auslegung. Jeder Richter wird Schwierigkeiten bei Anwendung eines Partikularrechtes fühlen, bis er sich in dessen Charakter hineingelebt, und dessen Geist empfinden gelernt hat; denn es sind die Laute der Heimath, welche aus diesen Gesetzen zu uns sprechen, der wird sie am besten verstehen und wiedergeben, welcher sie von Jugend an vernommen, und sich mit ihnen ausgedrückt hat.

Schon dieser volksthümliche Werth der Partikularrechte, in welchen die letzte Quelle deutscher Rechtsanschauung fließt, muß auf ihre Bedeutsamkeit aufmerksam machen, und sichert ihnen Beachtung für jede neue Gesetzgebung.

Geboren unter der Herrschaft des Mainzer Landrechtes, war es nicht blos eine gewisse Vorliebe für dieses Statut, sondern auch das bei seiner Anwendung dringend gefühlte eigene Bedürfniß, welches meine Aufmerksamkeit der Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte zuwendete. So entstand eine Sammlung von Materialien, welche mich erst von der Menge der obwaltenden Streitfragen, und von deren großen Bedeutung für die aus der Ehe entstehenden Vermögensrechte, namentlich vom Standpunkte der Curatel betrachtet, überzeugten.

Ich beabsichtigte indeß nicht, mit einer Bearbeitung dieser Materialien vor die Oeffentlichkeit zu treten. Nur die diesem Unternehmen von competenter

Seite geschenkte Theilnahme, und mehrfache Anregung bewogen mich, bei dem königlich bayrischen Staatsministerium der Justiz die Bewilligung zur Veröffentlichung zu erbitten, welche auch mit dem Beifügen ertheilt wurde, „daß in der unternommenen systematischen Darstellung des Mainzer Landrechtes ein sehr ersprießliches Werk erkannt werde." Dieser Ausspruch, und die dadurch erregte Hoffnung, dem auf diese Weise anerkannten Bedürfnisse nach meinen Kräften einen Dienst zu leisten, vermochten erst die Bedenken zu überwinden, welche sich mir bezüglich des Druckes dieser Arbeit entgegenstellten.

Ungeachtet dieses Bestehens vieler ungelöster Streitfragen in den wichtigsten Lehren unseres Gesetzes, ungeachtet seines Umfanges und seiner praktischen Bedeutsamkeit für namhafte Gebietstheile des Königreiches Bayern, des Großherzogthumes Hessen und des Herzogthumes Nassau, und ungeachtet seines Werthes für das deutsche Privatrecht überhaupt, als eines der ausführlichsten Statute mit Errungenschaftsgemeinschaft, hatte sich doch dasselbe seither keiner umfassenden Beachtung in der Literatur zu erfreuen, so daß, obgleich es kaum 100 Jahre alt ist, von seiner Entstehung und von seinen Grundlagen fast nichts bekannt blieb. Als Quellen seiner Darstellung boten sich daher außer dem Texte nur die späteren Verordnungen, das gemeine Recht als Grundlage, die Vergleichung mit anderen Rechten desselben fränkischen Ursprunges, insbesondere mit den rheinischen Gesetzen, der Frankfurter Reformation, der Solms'schen Landesordnung, Wetzlarer Reformation, dem Würtemberger Landrecht, dem Fränkischen Landrechte 2c. 2c., und vor Allem die Rechtsprechung der Gerichte, welche auch in nachstehender Darstellung in Hunderten von Erkenntnissen verwerthet wurde.

Ein besonderes Gewicht mußte auf die Referate und Erkenntnisse des kurmainzischen obersten Gerichtshofes (des Revisionsgerichtes) gelegt werden; nicht bloß deßhalb, weil die Praxis überhaupt die beste Lehrerin der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung ist, sondern insbesondere, weil die Richter jenes Gerichtshofes bei der Abfassung des Gesetzes theils selbst mitwirkten, theils in seinem Geiste ausgebildet worden waren. (Einl. § 3.)

Die Benützung dieser noch reichlich vorhandenen Akten wurde mir von dem königlichen Appellationsgerichts-Präsidenten **Herrn von Petersen** nicht nur gestattet, sondern ich wurde auch von diesem, um die Gesetzgebung Bayerns **hochverdienten Manne,** wie ich mit dankbarster Verehrung hier auszudrücken mir erlaube, mit theilnehmendstem Rathe unterstützt.

Bei der Bearbeitung des auf diese Weise gewonnenen Materiales schienen überwiegende Gründe dafür zu sprechen, die Reihenfolge der Titel nicht zu verlassen; es ergab sich daher von selbst die historisch dogmatische Behandlung in Form eines Commentares; die systematische Anordnung des Stoffes war mithin in die Grenzen der vom Gesetze

vorgezeichneten Abschnitte (Titel) einzuengen. Dabei bestrebte ich mich zunächst das ganze Gesetz in seinem organischen Zusammenhange zur Anschauung zu bringen, zugleich aber auch in den Lehren von hervorragender praktischer Bedeutung aus den Einzelnheiten die Grundsätze des Gesetzes nachzuweisen, und in ihren Folgerungen darzulegen, weil einzelne Rechtsfragen nur durch Untersuchungen über die ganze Rechtslehre, welcher sie angehören, erörtert werden können, und so ein Theil derselben Lehre die übrigen erläutern muß. Während sich nämlich da, wo in einem Gesetzbuche allgemeine Rechtsideen als Grundsätze an der Spitze stehen, die speciellen Entscheidungen von selbst ergeben, muß bei Gesetzen, welche, wie großentheils das M. L. R., nur abgerissene Rechtssätze aufstellen, der Geist des Ganzen aus den Einzelheiten gesucht und gefunden werden.

Vielleicht bedarf es noch einer Rechtfertigung, daß ich mehrere vom M. L. R. nur vorübergehend angedeutete, oder ganz übergangene, aber seinem Thema angehörige Lehren, aus dem gemeinen Rechte in die mir gestellte Aufgabe hereinzog, z. B. die Lehre von den Erbverträgen, Codicillen 2c., während andere vom M. L. R. nur unvollständig behandelte Materien aus dem gemeinen Rechte ergänzt und erläutert wurden, z. B. die Titel vom Heurathsgut, von den Testamenten 2c. 2c.

Ich erachtete dieses Verfahren um deßwillen für nothwendig, weil das gemeine Recht die Grundlage des M. L. R. ist, weil ich die Lehren des Letzteren ihres Verständnisses wegen nicht blos in allgemeinen Umrissen zeichnen, sondern in ihrem ganzen Zusammenhange darstellen und begründen mußte, und mich daher einerseits der Aufgabe nicht entschlagen durfte, jene verborgenen Fäden aufzusuchen, an welchen der Gesetzgeber seine Lehren aneinander gereiht, und unter sich in Uebereinstimmung gebracht hat, anderseits zu zeigen hatte, wie das Gesetz die Streitfragen des gemeinen Rechtes, sei es ausdrücklich oder nach seinen sonstigen Principien, entschieden wissen will, und endlich weil ich möglichste Vollständigkeit und jenes Detail gewinnen wollte, in welchem sich der Charakter und das Wesen des ganzen Gesetzes abspiegelt.

Bei näherer Prüfung dürfte sich daher auch wohl behaupten lassen, daß jene Verbindungen, der oft scheinbar nur äußerlich neben einander gestellten Sätze des M. L. R. hauptsächlich im gemeinen Rechte liegen, daß man nur durch letzteres zum Verständnisse unseres Gesetzes gelangen kann, und daß — nachdem einmal das Reichskammergericht den Satz zur Geltung gebracht hatte, daß nur das als gemeines Recht gelten könne, was die Reichsgesetze, die Sammlungen Justinians und das canonische Recht enthalten —, es nicht mehr das deutsche Recht war, welches durch das römische nur modificirt wurde, sondern daß letzteres in der That die Grundlage geworden ist, auf welcher sich Elemente des nationalen Rechtslebens erhalten haben. Es ist daher kaum eine andere Behandlung der

Partikularrechte, insbesondere des M. L. R. möglich, als indem gemäß der allgemeinen Aufgabe des deutschen Privatrechtes (S. 8. 9) hier im Einzelnen gezeigt wird, in welchen Punkten das römische resp. gemeine Recht durch unser Gesetz abgeändert werden sollte. Möglichste Vollständigkeit schien mir aber auch darum nothwendig, weil ich nicht allein den Richtern, und insbesondere den angehenden Fachjuristen, sondern auch jenen Gebildeten verständlich werden wollte, welchen ihr Recht kund sein soll, weil es sie bindet.

Um wiederkehrende Anführungen der Gesetzesstellen zu vermeiden, und weil der Text des Gesetzes und der Verordnungen selten ist, wurde ersterer jedem Titel vorgedruckt, letzterer in den Anmerkungen oder Beilagen hinzugefügt.

Möge die angegebene Art der Entstehung des hiemit in die Hand des Lesers gelegten Buches die Mängel desselben einigermassen entschuldigen; ich selbst fühle recht wohl, daß ich mich bei dessen Bearbeitung, schon vermöge der mir dazu verfügbaren Zeit, auf einem meinem Berufe entrückten Felde bewegt habe.

Schlüßlich möge es mir gestattet sein, mit dem wärmsten Danke zu erwähnen, daß ich von dem k. Gymnasialprofessor und Hofbibliothekar Herrn Hocheder mit werthvollen Literalien, und von dem königl. I. Staatsanwalte Herrn Mehling dahier aus seinem Schatze reicher Kenntnisse und praktischer Erfahrungen auf das Freundlichste unterstützt worden bin.

Aschaffenburg im Juni 1866.

Dr. Kurz.

Uebersicht des Textes des Mainzer Landrechtes und der Verordnungen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten des Werkes.)

a) Text des Gesetzes.

b) Text der Verordnungen.

Abkürzungen.

A. G. E.	bedeutet:	Erkenntniß des k. bayer. Appellationsgerichtes zu Aschaffenburg.
A. G. G.	„	Allgemeine Gütergemeinschaft.
Bl. f. R. A.	„	Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern von J. A. Seuffert.
E.	„	Einkindschaft.
E. G.	„	Errungenschaftsgemeinschaft.
E. d. Hof. Ger.	„	Erkenntniß des kurmainzer Hofgerichts.
E. d. Rev.-Ger.	„	Erkenntniß des Revisionsgerichtes (obersten Gerichtshofes) zu Mainz.
O. A. G. E.	„	Erkenntniß des k. Oberappellationsgerichtes zu München.
Regsbl.	„	Bayerisches Regierungsblatt.
R. R.	„	römisches Recht.
Seuff. Arch.	„	Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten von J. A. Seuffert.

Einführungsgesetz zum Mainzer Landrechte.

Wir Johann Friderich Carl von Gottes Gnaden des Heiligen Stuhls zu Maynz Erz=Bischoff, des Heiligen Römischen Reichs durch Germanien Erz=Canzlar und Churfürst, Coadjutor des Hochstiffts und Fürstenthumb Wormbs 2c. 2c.

Fügen hiermit allen Unseren Räthen, Beysitzeren, Ober= und Beamten, Schultheisen, Gerichten und sämbtl. Unseren Bedienten, auch sonsten männiglich insgemein zu wissen. Demnach unter anderen eines Landes Regenten vornehmste Sorgfalt darinnen mitzuverwenden ist, wie die Ihme von Gott anbefohlene Unterthanen in Gleichheit und Rechten erhalten, auch männiglichen die Justiz ohnparteilich und ohne kostspieligen Aufenthalt ertheilet werden möge; Und dann Wir von Zeit Unserer angetretenen Landes=Regierung, mehrmalen wahrgenommen, wasmassen verschiedene Strittigkeiten aus deme entstanden, daß die Parteien ein= oder andererseits sich entweder auf verschiedene, oder aber absonderliche daselbsten hergebrachte, und nach und nach angenommene, von denen gemeinen Rechten aber mehrentheils abweichende Gewohnheiten berufen, bei derenselben Widerspruch dann öffters viele Zeit versaumet, mithin mancher an seinem Recht, gegen Verschulden, entweder Mangel gelitten, oder doch darmit, zum größten Schaden und Nachtheil, kostspielich aufgehalten worden;

So haben Wir sothanen eingeschlichenen Mängeln, Unordnungen und Gebrechen längerhin nicht mehr nachsehen können, sondern Uns gnädigst bewogen gefunden, denenselben, Unserer Obliegenheit gemäß, hierunter zu steuern, und des Ends dergleichen unterschiedene Lands=Gebräuche gar abzustellen, dahingegen zum Besten Unserer Unterthanen, und damit fürohin sowohl die Parteien in Befangung ihrer Processen, als die Richter in Begreifung deren Urtheilen sich darnach achten mögen, folgendes in verschiedene Titel mit ihren Absätzen eingetheiltes allgemeine Land=Recht und Ordnungen verfassen, solches in offenen Druck ergehen, und allerseits behörig publiciren zu lassen (worunter aber Unsere Erfurth= und Eichsfeldische Landen, so Wir bereits mit besonderen Rechten versehen) wie auch gemeinschaftliche Orthen nicht begriffen seind.

Welchem nach von nun an alle hierwider etwa eingeführte Gewohnheiten und Gebräuche, so hierinnen nicht enthalten oder benennet,

hiermit aufgehoben seind, mithin inskünftige nach dem Buchstablichen Innhalt gegenwärtigen Unseres Land=Recht und Ordnungen verfahren, darauf geurtheilet, und, wo darinnen keine ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung geschehen ist, es bei denen gemeinen Rechten belassen werden solle. [1])

Damit nun aber alle Unsere angeordnete Ober= und Unter=Richtere wissen mögen, von welcher Zeit an eigentlich die vorkommende Rechts=Fragen und Händel nach diesem Unserem emanirten Land=Recht und Verordnungen entschieden, darauf gehalten, und denselben zufolg gesprochen werden solle: so setzen Wir den Ersten Januarii des zukünftigen Ein Tausend Siebenhundert Sechs und Fünfzigsten Jahres, zum eigentlichen Termine der Obliegenheit und Verbindlichkeit, dergestalten, daß von sothaner Zeit und Tag an, nach dem Inhalt des gegenwärtigen Landrechts und Ordnung, alle Unsere Erzstifftliche Unterthanen, besonders auch diejenige, so mit denenselben außer oder bei Gericht zu thun und zu handeln haben, sich darnach achten, und die vorkommende Fälle diesem gemäß beurtheilt, entschieden, und vollzogen werden sollen; Wovon jedoch die bereits vor der Publication dieser Unserer Verordnung Rechts=hängige Sachen, und unter denen Parteien allschon errichtete Ehe= und andere Pacten, auch Testamenten, letzte Willens=Ordnungen und dergleichen ausgenommen bleiben.

So geschehen Mainz den 24. Julii 1755.

---

[1]) Soll eine Frage aus einem Statutarrechte nach richtigen Principien entschieden werden, so ist zu unterscheiden, ob das besondere Recht als ein rein correctorisches Gesetz, oder als ein selbstständiges erscheint. Die letztere Eigenschaft wird dadurch keineswegs aufgehoben, daß die Partikulargesetzgebung ihren Stoff aus dem gemeinen Rechte entlehnt, oder denselben Stoff wie dieses behandelt. Enthält sie nicht bloße Ergänzungen und Modifikationen des gemeinen Rechtes, oder Verweisungen auf dasselbe, so ist sie ebenso wie dieses aus sich selbst auszulegen und anzuwenden; das gemeine Recht kommt mithin nur noch für jene Fälle zur Anwendung, wofür sich aus dem Partikularrechte gar keine oder keine bestimmten Entscheidungsnormen hernehmen lassen. Es ist nicht zu läugnen, daß dieses mit der gewöhnlichen Ansicht über das Verhältniß der deutschen Partikulargesetzgebung zum gemeinen Rechte keineswegs übereinstimmt — Mittermeier, d. P.=R. § 28 Nr. 1 —; man ging sogar zu der Zeit, wo der Einfluß des römischen Rechtes in Deutschland einmal überwiegend geworden war, so weit, daß man bei Anwendung der Partikularrechte diesen ganz fremde Bestimmungen des römischen Rechtes als sich von selbst verstehend voraussetzte, und so Verwicklungen und Schwierigkeiten erschuf, welche bei Anwendung der partikularen Gesetzgebung nie eintreten konnten. — Glück, Com. Bd. 38 S. 28. — Vergl. Einleitung § II.

Einleitung.

§ I.

Das Mainzer Landrecht ist fränkischen Ursprunges,[1]) und gehört der Gruppe der rheinischen Statute an.[2]) Diese beruhten größtentheils auf einem Gewohnheitsrechte, dessen Grundsätze in dem rheingauischen Landbrauch aufgezeichnet wurden. Es bestand im Rheingau schon zu Ende des 14. Jahrhunderts ein Landrecht, welches auch Bestimmungen über das Strafrecht, Gerichtsverfahren, Beamte, Abgaben rc. aufgenommen hatte. Indeß war im Rheingau jede Stadt, jeder Flecken, jede Dorfgemeinde ihr eigener Gesetzgeber; ihre Produkte waren jedoch meistens nur Aufnahmen und Kopien des nachbarlichen Brauches, wodurch einige Uebereinstimmung erzielt wurde, die, obgleich nichts niedergeschrieben war, zugleich als die Mutter jenes Landbrauches zu betrachten ist.

Letzterer wurde in der Mitte des 17. Jahrhunderts von dem rheingauischen Gewaltsboten Nikolaus Itzstein verzeichnet), und 1643 bestätigt; aber schon 1719 begann die kurmainzer Regierung an seiner Gültigkeit zu zweifeln, und setzte ihn 1755 durch das jetzt noch gültige Mainzer Landrecht außer Kraft. In dem Publikations-Patent vom 24. Juli 1755 ist selbst darauf hingewiesen, daß aus den verschiedenen hergebrachten, nach und nach angenommenen, von dem gemeinen Recht

---

1) Sandhaas, fränkische Güterrechte.

2) Es wird namentlich der Familie der mittelrheinischen Landrechte, nämlich dem Solm'schen Landrecht von 1571, dem Pfälzischen Landrecht von 1582, und dem Ober-Katzenellenbogen'schen Landrecht von 1591 beigezählt. Bopp, Beiträge zum Verständniß der vier mittelrheinischen Landrechte. Darmstadt bei C. W. Leske 1854.

3) Bereits im Jahre 1422 entstand eine geschriebene Rechtssammlung unter dem Titel „Recht und Ordnung eyns Waldpoten zu Menz. Daz ist dy Herlichkeit, dy myn Her von Menze und ein Waldpot von syntwegen zu Menze hat.“ Diese Rechtssammlung rührt aus den Zeiten des Erzbischofs Johann II. her, ob sie aber eine öffentliche, oder Privatsammlung war, läßt sich nicht entscheiden. Den Ursprung des Wortes und Amtes eines „Waldpoten“, das später in „Gewaltsboten“ umgeschaffen wurde, und noch zu Ende des vorigen Jahrhunderts als eine besondere und einträgliche Stelle der Stadt Mainz existirte, hat Gudenus untersucht. — Gudenus codex diplom. Mogunt. Tom. II. S. 497.

Ob die Walpodones und die Grafen Waldpod v. Bassenheim ein und das nämliche Geschlecht gewesen, bleibt dahingestellt. — J. Chr. Siebenkees, Beiträge zum deutschen Recht. Bd. I. S. 41.

1*

aber mehrentheils abweichenden Gewohnheiten eine Rechtsunsicherheit entstanden sei, weßhalb zur Abstellung dieser verschiedenen Landesgebräuche ein allgemeines Landrecht nothwendig erscheine. [1])

Auch dieses Landrecht soll durch den kurfürstlichen Geheimen=Rath Itzstein, wahrscheinlich aus der Familie des erwähnten Gewaltsboten N. Itzstein verfaßt worden sein; es geht jedoch aus einem Vortrage des k. Oberhofgerichtes zu Mainz vom 3. Juli 1769 „J. S. Weller gegen Vogt" hervor, daß der Entwurf von einer Commission vor der Promulgation berathen, und daß es von Mehreren, worunter auch C. v. Ottenthal, „zusammengetragen" wurde. [2])

Ob die im Jahre 1643 zusammengetragene Compilirung des Rheingauer Landbrauches eine ächte und vollständige Sammlung der ältesten und mittleren Zeitbräuche war, ist nach Bodmann (Sammlung Rheingauischer Alterthümer, Mainz 1819, Bd. I. S. 504) billig zu bezweifeln. Dort wird auch angeführt, daß sich die Gerichte in Zweifelsfällen bei dem Oberhof [3]) Aufschlüsse erholten, und dieser wieder weiter. Die Rheingauer Oberhöfe kannten den Schwabenspiegel, der ein Landeshülfsrecht vorstellte, und dessen großen Einfluß die Gerichtsweisungen des 14. Jahrhunderts und die Urtheilsbücher von Rüdesheim und Eltville unzweifelhaft darthun. Namentlich sind die Gerichtsbücher der letzteren Stadt eine Quelle des ächten mittleren Landbrauches des Rheingaues, die man bei einer Zusammenstellung desselben vorzüglich hätte zu Rath ziehen sollen.

---

[1]) Als Quelle der im M. L. R. von 1755 niedergelegten Bestimmungen wird nach Gengler d. P. R. S. 1064 das schon im Mandat des Kurfürsten Johann Philipp von 1655 sanktionirte Landesherkommen betrachtet.

[2]) Etwas Näheres über das bei Bearbeitung unseres Landrechtes eingehaltene Verfahren, insbesondere über die dabei benutzten Rechtsquellen konnte der Verfasser, ungeachtet der eifrigsten Forschungen, nicht ermitteln. von der Nahmer, „Handbuch des rheinischen Partikularrechts, Frankfurt a/M. 1831 bei J. D. Sauerländer", Einleitung S. LXVII. äußert sich darüber: In früheren Zeiten galt im Erzstift Mainz der s. g. Landbrauch, d. h. althergebrachte Gewohnheitsrechte durch den Gewaltsboten Niklas Itzstein in eine urkundliche Sammlung gebracht. Diese Sammlung erhielt, nachdem sie durch den Landschreiber Kaspar Heller, so wie durch den Schultheisen und die Räthe von drei Aemtern untersucht, und im Jahre 1643 bestätigt worden war, gesetzliches Ansehen, und behielt es 100 Jahre, bis 1755 das neue M. L. R., welches die früheren Gebräuche abschafft, redigirt wurde. Ein geschriebenes Exemplar befindet sich im Nassau'schen Centralarchiv zu Idstein. Vom 1. Januar 1756 an erhielt es Gesetzeskraft. Nach einer Notiz des Richters Schaab in Mainz ist wahrscheinlich der Mainz'sche Geheimerath Itzstein der Verfasser des Landrechtes.

Es läßt sich übrigens aus dem Texte des M. L. R. nachweisen, daß es in vielen Stellen fast wörtlich der Frankfurter Reformation nachgebildet ist, und daß namentlich die Anmerkungen zu diesem Gesetzbuche den Verfasser geleitet haben mögen. Vergl. z. B. Tit. XI. § 4 des M. L. R. und jene Anmerkungen Bd. II. S. 378 Zeile 11 von unten.

[3]) Die Einrichtung der Oberhöfe hing mit der Art der deutschen Rechtsprechung zusammen, wobei die Richter die Schöffen, welchen, als den erfahrensten Leuten, die von den Vorfahren überlieferten Gebräuche und Rechtsgewohnheiten am besten bekannt waren, um ihre Ansichten befragten. Diese Aussprüche wurden dann gleichsam als Orakel betrachtet, aufgezeichnet, und diese Aufzeichnungen Weisthümer genannt. (Die Weisthümer beginnen gewöhnlich: Man weiß auch, daß ꝛc.) Reichte die Kenntniß der Schöffen in einem gegebenen Falle nicht aus, so wendeten sich die Gerichte, oder auch die Parteien an benachbarte Gerichte, welche in besonderem Rufe von Gelehrsamkeit standen, und deren Aussprüche gewöhnlich befolgt wurden. Diese s. g. Oberhöfe (Schöffenstühle) gewannen großes Ansehen, und trugen nicht wenig zur Herbeiführung gleicher Rechtsanschauungen bei. Daß z. B. die kurmainz'schen Orte Sulzbach und Soden ihren Oberhof in Frankfurt von Alters hergebracht hatten, ist nachgewiesen. — Orth, Anm. zur Frankf. Reform. Bd. IV. S. 135. 30. 131 ff.

Die Arbeit des Nikol. Itzstein war ursprünglich eine Privatarbeit, er legte sie aber dem Vicedom von Greifenklau zur Untersuchung und Bestätigung vor. Auch der Landschreiber Kaspar Heller, so wie die Schultheisen und Räthe der drei Aemter des Rheingaues untersuchten diese Sammlung, worauf die Bestätigung am 1., 2., 5. und 12. Dezember 1683 erfolgte. Sie war dann auch bis zur Einführung des neuen Landrechtes als eine wahre gerichtliche Handfeste des Rheingaues in vollem Ansehen und Gebrauch. Als historisch interessant sind noch zu erwähnen die Albertinische Reform von 1527, welche hauptsächlich polizeiliche Anordnungen enthält, und die ordinatio electoralis Moguntina (sogenannte Philippinische Verordnung) des Kurfürsten Johann Philipp vom 21. Juli 1655, wodurch die Errungenschaftsgemeinschaft für die Stadt Mainz für den Mann zu zwei Dritttheil und für die Frau zu einem Dritttheile festgestellt wurde. [1]) Obgleich die meisten Städte ihre besonderen Stadtrechte und Rechtsquellen hatten, so ging mit dieser Mannichfaltigkeit der Bestimmungen im Einzelnen doch nicht die innerliche Einheit des deutschen Rechtes verloren. Die Ausbildung der Rechtssätze war wegen der Gleichheit und Aehnlichkeit der städtischen Verhältnisse, und wegen der äußeren Verbindung, in welcher die Städte unter sich standen, wenigstens in den allgemeinsten Zügen eine gleichartige, so daß sich in der That eine Verwandtschaft der Stadtrechte unter einander, und einzelne Familien der Stadtrechte nachweisen lassen. — Stobbe, a. a. O. S. 228, 536.

Die rheinischen und westphälischen Stadtrechte verbreiteten sich auf beiden Seiten des Rheines bis zu seinen Quellen in westphälischen, fränkischen und allemanischen Gauen. Zu diesen ältesten gehört das Stadtrecht von Soest. Im fränkischen Gebiete war Frankfurt a/M. [2]) die berühmteste Mutterstadt, deren Recht theils unmittelbar, theils mittelbar auf eine sehr große Zahl von Städten übertragen wurde, so Koblenz im Jahre 1322 — Darmstadt a. 1330 — Friedberg, Fritzlar, Gelnhausen a. 1338 — Hanau 1330 — Homburg, Kreuznach, Lahnstein 1324 — Limburg 1279 — Münzenberg 1304 — Offenbach, Oppenheim 1231 — Soden, Weilburg, Wetzlar, Wimpfen, Würzburg ꝛc. — Stobbe, a. a. O. S. 544, 584.

Die Frankfurter Reformation nahm insbesondere auch im Privatrecht Bestimmungen aus dem röm. Rechte auf, während sie in anderen Theilen, um der Rechtsunsicherheit zu begegnen, Grundsätze des deutschen Rechtes jedoch mit Modifikationen beibehielt. Auf demselben Wege schritt die Frankfurter Reformation von 1578 fort. Die Wetzlarer Reformation von 1548 und 1608 ist fast nur ein Abdruck der ersteren bezüglich des Erbrechts und ehlichen Güterrechtes. Sie wurde 1803 durch Einführung des M. L. R. in Wetzlar verdrängt. Die Frankfurter Reformation von 1578 wurde vom Stadtsyndicus Dr. Joh. Fichard redigirt, welcher auch das Solmser Landrecht von 1571 verfaßte. Im III. Theile „Von Heurathen und Eheleuten“ benutzte Fichard das Kölner, Mainzer und Speirer Recht, die Solmser Landesordnung, die Nürnberger Reformation und die kurpfälzische Landesordnung, und im IV. Theile „Von Testa=

---

[1]) Geschichte des deutschen Rechtes von Beseler. Bd. I. I. Abthl. — Rechtsquellen von O. Stobbe, Braunschweig 1860. — Bodmann, Rheingauische Alterthümer S. 620 ff. — Grimm, Weisthümer I. Bd. S. 539 ff.

[2]) In Frankfurt bestand der Oberhof für das mittlere Franken. — Sandhaas, ehl. fränk. Güterrecht, Gießen 1866, S. 258.

menten" das Nürnberger, Badische und Würtemberger Recht. — Stobbe, Bd. II. S. 317, 322.

Insbesondere stimmen mit der Frankfurter Reformation im Wesentlichen und unter Modifikationen, die nicht das Prinzip der partikularen Gütergemeinschaft treffen, überein: Die Solmser Landesordnung Thl. II. Tit. 18, die Nassau-Katzenellenbogische Landesordnung v. 1616 Thl. III. c. 7—16, das kurpfälzische Landrecht Thl. VI. T. 11—17, das Trierer Landrecht v. 1668 u. 1713 Tit. 6—11, das Kurmainzer Landrecht Tit. 1—4, Tit. 7. 16. 17, vide Thomas „der Oberhof zu Frankfurt" 1841 S. 108—113.

Diese rheinischen Landrechte entstanden der Mehrzahl nach in einer Zeit, wo im Allgemeinen und insbesondere in der Lehre von den ehlichen Güterverhältnissen die Rechtsgelehrten die römischen Elemente geltend zu machen trachteten, während die Praxis und Sitte des Volkes noch an den deutschen Rechtsanschauungen festhielt. Es bereitete sich im späteren Mittelalter in Deutschland der merkwürdige, und in diesem Umfang einzig dastehende Prozeß der Aufnahme des römischen Rechtes vor. Ein Volk wie die Deutschen, dessen Reichthum an Rechtsgrundsätzen und Rechtsquellen wir noch heute bewundern, gibt einen Theil seines althergebrachten Rechtes gegen ein fremdes Recht auf, welches nirgends in lebendiger praktischer Geltung existirt, und nur aus einem Gesetzbuche erkannt werden kann, das vor 1000 Jahren in einem Staate von ganz anderen Verhältnissen verfaßt war!

Während einerseits das deutsche Volk an seinen, in seinem innersten Wesen begründeten Rechtsgefühlen festhielt, stieg anderseits das Ansehen der Rechtsgelehrten und Richter, welche ihre Wissenschaft an den italienischen Universitäten (Bologna, Padua) sich erworben hatten. Dieser Kampf wurde entschieden durch das Bedürfniß neuer und subtilerer Rechtssätze als sie in den lückenhaften Statuten gefunden werden konnten, nachdem das Aufblühen von Handel, Gewerben und Verkehr in den Städten eine Umgestaltung des bisherigen Rechtes nach den neuen Lebensverhältnissen nicht mehr umgehen ließ, die in Italien erzogenen Richter aber die deutschen Schöffen immer mehr verdrängten. In eben dem Maße, als durch das veränderte Verkehrsleben die richterlichen Entscheidungen verwickelter und schwieriger wurden, zeigte sich, daß auch die Rechtskenntniß einer wissenschaftlichen Grundlage bedürfe; die gewöhnliche Lebenserfahrung der Schöffen war zum Rechtsprechen nicht mehr hinlänglich, und so ergab sich das Bedürfniß eines wissenschaftlich für sein Fach gebildeten Richterstandes von selbst. Gleichmäßig machte sich die Unzulänglichkeit der größtentheils nur für das Familienrecht und für den kleinen Verkehr anwendbaren Statute fühlbar. Für das Vertragsrecht waren daher die römischen, so herrlich durchgebildeten Gesetze der willkommenste Ersatz, während für das Familienrecht die heimischen mit dem Gefühlsleben verwachsenen Bräuche nie ganz verdrängt werden konnten. Auch der moderne Gesetzgeber wird in ihnen für das Familienrecht seine Quelle suchen müssen.

Im südlichen Deutschland war die Aufnahme des römischen Rechtes überdieß noch vorbereitet durch seine frühere Abhängigkeit von der römischen Herrschaft. Dieser Kampf zwischen heimischem und fremdem Rechte prägt sich vielfach in allen Statuten aus. Die Redaktoren wollten theilweise die altdeutschen Gebräuche, die sich noch in Ansehen und Gültigkeit erhalten hatten, sammeln und vor dem Untergange bewahren, oder

ausscheiden, und verbessern, was nach damaliger Praxis zu sehr mit dem gemeinen Rechte im Widerstreit zu sein schien, oder auch die alten Gewohnheiten durch das römische Recht nur ergänzen, oder endlich das letztere dem Laien verständlicher machen, „damit, was jedermann binden, auch jedermann kundbar sein solle." vide Promulgations-Patente der Katzenellenbogener, Pfälzer, Solmser, Trierer, Kölner, Wetzlarer, Landauer, Saarbrücker, Zweibrücker Landrechte, der Frankfurter Reformation 2c.

Jene Vermischung hat vor Allem den Nachtheil, daß der Richter nicht selten unschlüssig sein kann, ob er zu seiner Aushülfe auf römische oder germanische Grundregeln zurückzugehen hat.

Das Einführungsgesetz des Mainzer Landrechtes vom 24. Juli 1755 verordnet zwar in Abs. 3 hierüber: „Welchemnach von nun an alle hierwider etwa eingeführte Gewohnheiten oder Gebräuche, so hierinnen nicht enthalten, oder benennet, hiermit aufgehoben seind, mithin inskünftige nach dem buchstablichen Inhalt gegenwärtigen unseres Land-Recht und Ordnungen verfahren, darauf geurtheilet, und wo darinnen keine ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung geschehen ist, es bei denen gemeinen Rechten belassen werden soll." Allein die Rechtsgelehrten und die Praxis sind doch darüber einig, daß von einer völligen Aufnahme und absoluten Gültigkeit des römischen Rechtes nur da gesprochen werden kann, wo die deutschen Gesetzbücher wirklich Rechtssätze oder ganze Rechtsinstitute der Römer herübernahmen; dagegen dürfen Ausdrücke, welche dem römischen Rechte entlehnt sind, oder Zeugnisse für eine Bekanntschaft mit dem römischen Recht, als Beweise seiner Geltung durchaus nicht absolut betrachtet werden, z. B. beim ehlichen Nutzgenuß, bei der väterlichen Gewalt 2c. Es sind dieses oft überflüssige Beiwerke einer gesuchten Eleganz, welche den Citaten aus der Bibel hier an Werth gleichkämen. Bezugnahmen auf das römische Recht haben oft auch nur den Zweck, Rechtsverhältnisse nach deutschem Rechte zu ordnen, und den entgegenstehenden Satz des römischen Rechtes auszuschließen, oder einen deutschrechtlich gültigen Satz durch römisches Recht zu unterstützen, z. B. bei dem Verzicht der Weiber auf die authentica si qua mulier, auf das S. Ct. Velejanum. Andere Sätze werden dagegen als zweckmäßig ganz aus dem römischen Rechte herüber genommen, z. B. die Verjährung.

§ II.

Dieses vorausgeschickt, werden sich die Interpretationsregeln des Mainzer Landrechtes, von welchen auch der Verfasser auszugehen sich bestrebt hat, in Folgendem zusammenfassen lassen.

1) Vor Allem ist zu beachten, wie in gleichen Rechtsfällen früher entschieden worden ist, denn die beste Auslegerin der Gesetze ist die Praxis. [1])

Der Verfasser legte deßhalb eine großes Gewicht auf die vorgefundenen Entscheidungen der kurf. Mainzer Gerichtshöfe, weil diesen der unverfälschte Sinn und die Absicht des Gesetzgebers aus nächster Nähe

[1]) „Sequenda est illa statuti explicatio, quae manibus quasi a majoribus tradita vim quandam et auctoritatem obtinuit; verisimile est, perspectum majoribus fuisse, quam in sententiam statutum ambiguum sit accipiendum." Eckhard de hermeneutic. juris p. 341 ff.

„Si statuta sunt ambigua, eorum mens praesumitur, quatenus hactenus fuerint observata et explicata, cum statuta communiter recipiunt interpretationem a praxi et observantia." Lynker decis. 1389. nr. 3. Mevius ad jus Lubec. quest. praelim. 10. nr. 4.

bekannt war. Die Bedeutsamkeit solcher Entscheidungen ist auch von der Praxis nach der Rechtsregel — (l. 38. D. 1. 3) — daß bei den aus dem Gesetz entstandenen Zweideutigkeiten die Gewohnheit oder die Auctorität stets ähnlich entschiedener Fälle Gesetzeskraft haben solle, immer anerkannt worden. Vergl. den jüngsten Reichsabschied § 136.

2) Einen vorzüglichen Anhaltspunkt gewähren zur Erörterung zweifelhafter Gesetzesstellen die gleichen Verfügungen der verwandten fränkischen, insbesondere rheinischen Landrechte, wobei namentlich die Frankfurter Reformation als das ausführlichste Statut die meiste Beachtung verdient. [1])

»Vicinorum locorum jura inspicere ex iisque statuta interpretari jubent juris consulti.« Eckhard l. c. p. 325.

»Quoties enim dubia juris quaestio in statutis non decisa occurrit, toties ad analogiam juris confugiendum est interpreti, qua sensus statuti in dubiis et dificilioribus quaestionibus cum locis perspicuis et similibus comparatur.« Eckhard l. c. p. 357.

3) Im Falle das Statutarrecht in einer in seinen Bereich gezogenen Materie gar keinen Aufschluß gibt, ist zu untersuchen, ob diese auf deutsch-rechtlichen oder auf römischen Grundsätzen beruht. [2])

Es kann keine interessantere Frage in der Geschichte des Rechtes geben, als die über die Verbindung des römischen Rechtes mit dem germanischen im Detail der einzelnen Lehren. Die zunehmende Kenntniß des römischen Rechtes schuf zu schnell ein vollendetes Kunstwerk des Rechtssystemes, als daß nicht der Bildungstrieb der angebornen und heimischen Rechte hätte erstickt werden müssen. Die germanischen Völker gehörten zwar nicht zu denjenigen, die leicht fremde Sitten annehmen, und dieser Satz wird am leichtesten dadurch bewiesen, daß das römische Recht nie zur vollen Herrschaft kommen konnte; aber jede neue Rechtsschöpfung trägt vom 12. Jahrhunderte an mehr oder weniger Elemente des römischen Rechtes in sich. So besteht denn das heutige Civilrecht theils aus Instituten, für welche das römische Recht hinreichende Vorschriften enthält, theils besteht es aber auch aus anderen Instituten,

---

[1]) Die Frankfurter Reformation wird in der Sammlung merkwürdiger Rechtshändel (Frankfurt 1767, III. Thl., S. 501) als eine Zusammenstellung der zum Theil noch von den ächten Gebräuchen der Franken überbliebenen Sitten bezeichnet. Bis zum Erscheinen der Solmser Landordnung war die Frankfurter Reformation in den Principien der praktischen Gütergemeinschaft so zu sagen die Repräsentantin des gemeinen fränkischen Güterrechtes der Eheleute (vergl. Statutenbuch, Frankf. 1558, Fol. 84 ff.) und genoß so ungetheiltes Ansehen in den Gegenden des Frankenlandes, daß zahlreiche Land- und Stadtgesetze selbst noch im 17. Jahrhundert (Euler Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. X., S. 57, 58) ihre Bestimmungen über eheliche Vermögensverhältnisse daraus entnahmen, z. B. die erneuerte Reformation der Reichsstadt Wetzlar vom 25. Juli 1608. — Gengler, d. P. R., S. 1058.

[2]) „Quum quodlibet jus ex suis, hoc est, domesticis principiis declarandum est, quod si verum est, uti verissimum hoc praeceptum jure consulti limatioris doctrinae et judicii contendunt, non aliunde id, quod origine domesticum et negotium aut juris patrii argumentum, quam ex institutis domesticis, et juris germanici principiis dijudicare et explicare convenit.“ Böhmer, disput. de fundam. pact. ad fideicommissa inclinant. cap. 2, § 2.

„Ne quodcunque institutum Germanorum similitudinem quandam cum romano habet, illud pro romano habeat, et quaecunque sanctio statutorum in aliqua parte cum juris romani principiis congruit, eam statim ex illis infelici conatu, explicandum suscipiat et contortas proferat, interpretat; veteres sane interpretes hoc maxime in errore induxit, quippe qui ob unam alteramve convenientiam juris patrii argumentum ex jure romano explicabant, hujusque principia illi inconcine attemperabant.“ Eckhard, l. c. S. 347. § 44.

welche jenem ganz unbekannt sind, z. B. über Einkindschaft, Morgengabe, theils aus solchen, welche zwar im römischen Rechte vorkommen, bezüglich welcher aber durch germanische Verhältnisse eine ganz andere Rechtsregel sich herausgebildet hat, z. B. im Eherechte. Gerade mit Vermischungen der letzteren Art befassen sich die Statutarrechte, weil ihr einziger Zweck, mehr abwehrend, darin bestand, die Gränzen zu bezeichnen, bis zu welchem Grade man die Geltung des römischen Rechtes gestatten wollte, indem man die nicht ausdrücklich darin adoptirten Sätze dem gemeinen Rechte überließ. [1])

Die wissenschaftliche Entwicklung dieser Verhältnisse in Bezug auf die Anwendung des einheimischen Rechtes ist die Aufgabe des sogen. deutschen Privatrechtes. Der Mangel einer vollständigen Gesetzessammlung im deutschen Rechte schadet dabei nichts, da ungeachtet der scheinbaren großen Verschiedenheit gleicher Institute doch eine vor Einführung des römischen Rechtes begründete Rechtseinheit gleiche Rechtsideen erzeugte. Diese Einheit erklärt sich aus der inneren Verwandtschaft der deutschen Staaten durch gleichen Ursprung, gleiche Schicksale, gleiche Culturstufen, gleiche politische Verhältnisse, und das Institut der Oberhöfe. (§ I.) Ein merklicher Unterschied prägt sich nur im Detail aus zwischen den nördlichen und südlichen Staaten in ihren aufgezeichneten Gewohnheitsrechten des Sachsenspiegels für die nördlichen, und des Schwabenspiegels für die südlichen Staaten, beide aus dem 13. Jahrhundert. [2]) Hieraus bilden sich an und für sich zwei Hauptgruppen, welche wieder, wie bereits oben erwähnt, in Unterabtheilungen zerfallen. Die rheinischen Partikularrechte, wozu unser Statut gehört, reihen sich unzweifelhaft in den Bezirk des Schwabenspiegels.

Bei der Anwendung der Statute stellte die Doktrin den Satz auf, daß in Fällen, wo das deutsche Recht durch städtische oder landesherrliche Gesetzgebungen fixirt ist, man demselben zu Gunsten des fremden gemeinen Rechtes eine eingeschränkte Bedeutung ertheilen, und es in einem dem fremden Rechte möglichst gleichförmigen Sinne deuten müsse nach der Regel »statuta sunt stricte intelligenda contra jus commune«

---

[1]) Ueber den Werth der Partikularrechte äußert sich von der Nahmer, „Handbuch des rheinischen Partikularrechtes" B. I. S. XXVI., der Einleitung: Viele meinen, es sei recht gut, wenn „das alte Zeug" allmählich in Vergessenheit komme. — Ein noch so dunkles, und den Verhältnissen widerstreitendes Pandektenfragment sei besser, als eine alte Partikular-Verordnung oder landrechtliche Bestimmung. Ich gebe ohne Weiteres zu, daß viele partikularrechtlichen Vorschriften den jetzigen Verhältnissen nicht mehr anpassen, zur Aufhebung sich eignen. Bei vielen anderen ist aber dieß keineswegs der Fall. Sie sind das Resultat einer reichen Erfahrung, einer vieljährigen Anpassung des gemeinen Rechtes auf die Verhältnisse jeder einzelnen Gegend. Sie entscheiden größtentheils gemeinrechtliche Controversen, so daß, wenn diese Entscheidungen wegfallen, eine Fluth von Controversen wieder in die Rechtspflege strömt. Von allem diesem abgesehen, steht es fest: jedes Gesetz gilt so lange, bis es ausdrücklich aufgehoben wird. Soll die Rechtspflege jemals eine gute Grundlage erhalten, soll sie nicht in ein richterlich administratives Gemengsel, und die Gerichte in eine Art von Heilsausschuß ausarten, wo man nicht fragt, was Gesetz, sondern welches Gesetz zweckmäßiger Weise anzuwenden sei, so muß auch das Partikularrecht, so weit es nicht aufgehoben, vollständig angewandt werden.

[2]) Der Schwabenspiegel war vorzüglich fränkisches Recht, und enthielt die lex Salica, Ripuariorum, Frisionum et Thuringorum mit den Rechten der schwäbischen Länder: lex Alemanorum, Bajuvariorum, Burgundiorum et Visigothorum; er war ein gemeines Recht für Süddeutschland und den Rhein. — Schmitthener, Güterrechte, § 7. — Nach einer Vermuthung Senkenbergs, in disq. de orig. test. publ. p. 76., hat der Schwabenspiegel auch zu Frankfurt in früheren Zeiten als Rechtsbuch gegolten.

(Rey'scher Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. IX. S. 342), und mehrere Statute hoben sogar alle Gewohnheitsrechte auf, soweit sie nicht im Gesetzbuche Aufnahme gefunden, und dadurch zum geschriebenen Rechte erhoben waren, so daß die Lücken der Gesetzgebung nicht durch das Gewohnheitsrecht, sondern durch das gemeine Recht ausgefüllt werden sollten. Hier hätte dann in Folge gesetzlicher Anordnung die Subsidiarität des gemeinen Rechtes in der That die Bedeutung (welche ihr häufig auch die Praxis beilegte), daß das römische Recht überall gelte, wo das geschriebene Partikularrecht nichts bestimme. »Jura statutaria explicanda, restringenda et amplianda sunt ex jure communi, ita, ut quod jure statutario non est mutatum, manet sub dispositione juris communis.« Carpzow, P. I., dec. 63, nr. 16.

Diese Anschauung scheint nun auch nach der oben angeführten Stelle des Einführungsgesetzes zu unserem Statut adoptirt, allein die ältere Praxis der Mainzer Gerichte hat sich doch den hier vertretenen Interpretationsregeln vollkommen zugewendet, indem sie folgende Sätze aufstellt:

1) Nur in dem Falle kann eine Gewohnheit als durch das M. L. R. aufgehoben betrachtet werden, wenn sie als diesem Rechte widerstreitend betrachtet werden muß. Wenn also z. B. im Landrecht Tit. XXIV. nur von zwei Arten des Abtriebrechtes die Rede ist, so kann die Marklosung dadurch nicht ausgeschlossen sein, weil sie im Gesetze nicht erwähnt wird, denn sie wird dadurch nicht zu einer Gewohnheit gegen das Gesetz, sondern zu einer Gewohnheit neben dem Gesetze.

2) Daraus, daß allen Gewohnheiten und Gebräuchen, die in dem Landrechte nicht erwähnt oder darin aufgenommen sind, der rechtliche Bestand benommen wäre, müßte man auf eine Abschaffung des Gewohnheitsrechtes überhaupt schließen, und ein generelles Verbieten des Gesetzgebers unterstellen; allein gerade Gewohnheiten und Gebräuche machen einen beträchtlichen Theil des gemeinen deutschen Privatrechtes aus, und in dem Einführungsgesetze ist ausdrücklich verordnet, „daß, wo darinnen (nämlich im Landrecht) keine ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung getroffen ist, es bei den gemeinen Rechten belassen werden soll."

Es sind somit die gemeinen Rechte — wovon das deutsche Privatrecht einen Zweig ausmacht (nicht bloß das römische Recht) — als subsidiäre Rechte ausdrücklich anerkannt, und es ist damit festgesetzt, daß diese nur da, wo ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung getroffen ist, weichen sollen. Nirgends ist aber das Gewohnheitsrecht ausdrücklich abgeschafft, oder dem deutschen gemeinen Rechte die Anwendung und Anwendbarkeit abgesprochen. Von besonderer Bedeutung für die Interpretation bleiben daher die verwandten Statute. vide Erkenntniß des Rev.-Ger. J. S. Günter gegen Krautheim vom 8. Juli 1801 (aus den Entscheidungsgründen).

§ III.

Legislatorisch wurde das M. L. R. nicht fortgebildet; wer vermöchte aber zu behaupten, daß die Abfassung der darin behandelten Institute noch den Anforderungen der heutigen Zeit entsprechen könnte? Demungeachtet darf zur Interpretation seiner Lehren ein besonderer Werth auf die älteren Entscheidungen der Gerichte gelegt werden, weil ihnen die

Tendenz des Gesetzes noch näher gerückt war, als uns, und weil namentlich der oberste Gerichtshof des Kurstaates Mainz — das Revisionsgericht — nachweisbar noch bis gegen das Jahr 1780 mit Richtern besetzt war, welche bei Abfassung und Zusammentragung des Statuts selbst mitgewirkt hatten, bei der richterlichen Anwendung desselben also die gegründete Vermuthung für sich haben, daß sie dessen Geist unverfälscht ihren Urtheilen zu Grunde gelegt haben.

Was die Kenntniß dieser Statutarrechte am meisten erschwert, ist der Umstand, daß sie nicht mit legislativem Geiste verfaßt sind, daß nirgends eine Grundidee als ein durch die ganze Lehre hinziehender und wirkender Gedanke an die Spitze gestellt wird, daß somit auch die leitenden Grundsätze über die in Theorie und Praxis streitigen Fragen nur schwer aus ihnen entnommen werden können, und daß es oft scheint, als sei darin nur zusammengetragen und in einzelnen Sätzen zusammengestellt, was die damalige, zwischen Germanismus und Romanismus unsicher schwankende Praxis da und dort gerade handhabte.

Leider können wir auch unser Statut von diesen Mängeln nicht loszählen; geschmacklose Behandlung in Form und Inhalt, unsystematische Reihenfolge der Lehren, unzweckmäßige und unpräcise Fassung machen es dem Nichtjuristen fast ganz nutzlos. Dazu kommt noch die schwerfällige durch Veraltung und Durchwebung mit lateinischen Wörtern undeutlich gewordene Sprache, und die Zerreißung und Zersplitterung zusammenhängender Materien unter die verschiedensten Titel, wobei nicht selten später vergessen zu sein scheint, was früher bestimmt wurde, z. B. Widerstreit in V. § 6, wornach der Tod eines Abwesenden bewiesen werden soll, während nach XIV. § 11 ein 25 Jahre Abwesender für todt zu achten ist ꝛc. Anderseits wird man nach eingehender Betrachtung der einzelnen Materien nicht anstehen können, zu gestehen, daß in den eigentlichen Fragen des Familienrechtes ein guter Theil deutscher Sitte gerettet, den römisch rechtlichen Grundbegriffen geschickt angepaßt wurde, und daß in der rauen Schale ein edler Kern ruht, den für die neue Gesetzgebung zu verwerthen, es sich immerhin der Mühe lohnt.

§ IV.

Eintheilung des Mainzer Landrechtes.

Das Landrecht ist in XXXII. Titel eingetheilt, von welchen Tit. I.—VII. die auf die Ehe und Vormundschaft, Tit. VIII.—XVII. die auf das Erbrecht bezüglichen Anordnungen enthalten. Tit. XVIII. handelt „von Veräußerung der Güter der Minderjährigen, Abwesenden und Verschuldeten Personen“; Tit. XIX. u. XXII. „von Hypotheken und Vorzugsrechten“; Tit. XXIV. „vom Abtrieb-Recht“. Die übrigen Titel, z. B. XX. „von Bürgen“, XXIII. „vom Kauf und Verkauf, und wegen veräußertem Heurathsgut“, Tit. XXVI. „vom Wiederlösungsrecht“, Tit. XXVII. „von Temporalbeständen“, Tit. XXVIII. „vom Erbbestand“, Tit. XXIX. „von Grundzinsen“, Tit. XXX. „von Schenkungen“, Tit. XXXI. „von Vergleichen“, Tit. XXXII. „von Früchten und Nutzungen“, enthalten theils wenig partikularrechtlich Interessantes, theils muß ihr Inhalt, soweit er sich auf die ehlichen Güterrechte oder Erbrechte bezieht, unter jenen Titeln behandelt werden. Die einzelnen Titel sind wieder in §§ abgetheilt, und diesen sind am Rande Rubriken beigesetzt.

Ueber die Bedeutung und den Werth dieser **Rubriken**, welche den Inhalt des § kurz zusammenfassen und übersichtlich darstellen sollen, zu welchem Zwecke sie auch in den Gesetzbüchern der neuesten Zeit noch am Rande beigesetzt zu werden pflegen, verbreiten sich die Entscheidungsgründe eines Erkenntnisses des Rev.-Ger. vom 14. April 1784, J. S. Straub gegen Kalthoff, mit folgenden Worten: „Bei Erlassung der Philippinischen Verordnung wurde zwar in rubro vorgesetzt, als ob dieselbe über die Beamten verfüge, allein dergleichen rubra macht bekanntlich kein Legislator, sie sind also an und für sich zur Beleuchtung des Textes werthlos."

§ V.

Von den zum Mainzer Landrecht erlassenen Verordnungen.

Während des Zeitraumes, als das M. L. R. und die darin aufgenommene Hof- und Untergerichtsordnung gegolten haben, sind mehrere Verordnungen erschienen, von welchen jedoch niemals eine officielle gedruckte Sammlung bestand. Es führten auch das Oberlandesgericht, die Justizsenate und die Departementsgerichte eigene s. g. Jurisdiktional-Protokolle, worin jedoch nur jene Verordnungen eine Aufnahme erhielten, welche diesen Stellen entweder von dem Landesherrn, oder von der obersten Staatsbehörde mitgetheilt wurden; solche Jurisdiktional-Bücher betreffen mehr die inneren Verhältnisse der Gerichte, und können als eine Gesetzessammlung nicht angesehen werden.

Das Vicedomamt zu Aschaffenburg besaß eine vollständige Sammlung sämmtlicher Mainzer Verordnungen, welche mitunter in die Civilrechtslehre einschlugen, aber sich vorzüglich mit Administrativ- und Polizei-Gegenständen befaßten. Diese Verordnung-Sammlung wurde von der vormaligen Präfektur an die k. Regierung des Untermainkreises abgegeben.

Der größte Theil dieser Verordnungen ist kaum gekannt, und es ist daher sehr schwer über die Gültigkeit oder Nichtgültigkeit solcher ein Urtheil abzugeben. Nicht selten wurde bei Bezugnahme auf solche Verordnungen über die Frage der Gültigkeit resp. der Promulgation ein Incidentverfahren eingeleitet, und erst auf Beweis der Promulgation, oder darüber, daß schon öfters nach der in Frage befangenen Verordnung gesprochen worden sei, interloquirt. Dieses war namentlich bezüglich der Verordnung vom 27. August 1753 über Schuldverträge zwischen Christen und Juden zum Zwecke der Ausrottung des Judenwuchers der Fall, welche nunmehr zeitgemäß durch das Gesetz vom 29. Juni 1851 (Ges.-Bl. S. 33—38) aufgehoben ist. [1])

Abgesehen von dieser Verordnung waren **entschieden** in **Anwendung der Gerichte**: 1) Die Verordnung vom 6. August 1799, worin die §§ 1 und 2 des VII. Titels des M. L. R. authentisch erklärt sind; 2) die Verordnungen vom 10. August 1795 und 21. August 1799 „die Unstatthaftigkeit der Verpfändung, Cession und sonstiger Veräußerung

---

[1]) In einer Schrift Dr. Mayersohns „über die kurf. Mainz. Verordnung vom 27. August 1753" ist nachgewiesen, daß diese Verordnung nicht publizirt ist, und daher auch keine Geltung haben konnte.

der Gehalts- und Pensionsquittungen; 3) die zwar nicht von dem Kurfürsten unmittelbar, sondern von der kurf. Mainzer Regierung ergangene Verordnung v. 27. Okt. 1772, in Ansehung der Frage, inwiefern die jüdische Ehefrau an den Schulden des Mannes aus ihrem Illat mitzuzahlen habe; 4) die Landesregierungsverordnungen vom 12. Juni 1784, 17. Juni 1785, und vom 24. Mai 1798, wonach Verträge über Realitäten bei Strafe der Nullität gerichtlich angezeigt, protokollirt und bestätigt sein müssen. Diese Verordnungen sind in Bayern aufgehoben durch Gesetz v. 5. Okt. 1863 (Ges.-Bl. Nr. 6); 5) die Verordnung vom 9. Februar 1787 zu Tit. V. § 14, wonach eingeschärft wird, daß zur Ertheilung der venia aetatis wenigstens die Zurücklegung des 20sten Lebensjahres erforderlich ist; 6) die Verordnung vom 7. Juli 1791, enthaltend die Vorschrift, daß zur sicheren und verzinslichen Anlegung der Pupillen-Gelder einfache Handschriften und Conventional-Hypotheken nicht genügen, sondern daß die Anlage allemal gerichtlich geschehen solle; 7) Verordnung vom 2. Februar 1784 über das Eigenthum eines zufällig gefundenen Schatzes. Es wird darin angeführt, daß, obwohl der Fiscus an die gefundenen Schätze einen gegründeten Anspruch hat, und dieses in den kurfürstlichen Landen durch das Herkommen bestätigt ist, sich Se. Kurfürstl. Gnaden doch entschlossen haben, auch in dergleichen Fällen das Vergnügen, Höchst Ihre Unterthanen glücklich zu machen, dem Vortheile des Fiscus vorziehen, und sich bis auf geschehenen Widerruf, oder andere Verordnung ihres Rechtes in der Weise begeben, daß a) die zufällig gefundenen Schätze mit Ausschluß des Fiscus halb dem Eigenthümer des Grundstücks, halb dem Finder zugetheilt werden sollen, b) daß von einer solchen Auffindung binnen 2 Tagen bei Strafe des Verlustes des gewährten Anspruchs dem Amte, der Vogtei oder dem Ortsvorgesetzten Anzeige gemacht, und bis zur amtlichen Verfügung nicht das Mindeste abhanden gebracht werden soll; 8) Verordnung vom 23. Februar 1784 wegen der Winkel-Verlöbnisse. Dieser Verordnung entspricht eine bayerische Verordnung vom 2. Mai 1806 (Regier.-Bl. 1806 S. 175).

Die Publikation aller solcher Verordnungen geschah durch Versendung gedruckter Exemplare an die betreffenden Gerichte oder Behörden, und wurden von diesen an die Ortsvorsteher zur öffentlichen Verkündung hinausgegeben. Ob dieses auch, wie Mayersohn l. c. S. 9 behauptet, vor der eigentlichen Promulgation zur bloßen gutachtlichen Aeußerung der Gerichte geschah, möchte zweifelhaft sein, da sich ein solches Verfahren mit der damaligen Regierungsweise nicht wohl vereinigt, der Verfasser auch nirgends in der noch umfassenden alten Registratur des Bezirksgerichts Aschaffenburg eine Aufforderung zu einem solchen Gutachten finden konnte. So viel ist indeß gewiß, daß die Aufsicht der obersten Landesstellen über die Verkündung der Verordnungen nicht mit besonderem Nachdrucke geübt worden zu sein scheint, und daß verschiedene Untergerichte, oder auch Ortsvorsteher die Verordnungen unvollzogen in ihren Registraturen liegen ließen, weßhalb schon alsbald nach Verkündung des Landrechtes Streitigkeiten von der Frage abhängig gemacht werden mußten, ob die eine oder andere Verordnung wirklich rite verkündet worden sei.

Es ergibt sich dieses z. B. aus einem Vortrage des Hofgerichts J. S. Baumann gegen Leibmann vom 21. April 1756.

Zu erwähnen sind noch die Verordnungen vom 18. Oktober 1742 und 27. April 1751 über Verjährung der Forderungen an Geistliche zweiten Ranges — § 298. c.

§ VI.

Statistik. [1])

Das ehemalige Erzstift Mainz lag größtentheils von der Grafschaft Sponheim an bis an das Herzogthum Würtemberg fast in der Figur eines Halb-Cirkels beisammen, wiewohl die Grafschaft Hanau und das Frankfurter Gebiet etwas dazwischen gedrängt waren. Es gehörten dazu — gegen Norden das Rheingau und Maingau mit der Hauptstadt Mainz und den Städten: Bingen, Elfeld, Höchst, Rüdesheim — gegen Süden: Aschaffenburg, Selgenstadt, Klingenberg, Miltenberg und andere Orte.

Die Grenzen waren: nördlich die Wetterau, östlich Franken, südlich die untere Pfalz, und westlich das Kurfürstenthum Trier.

Zu dem Erzstifte gehörten ferner die Bergstraße mit Weinheim, Bensheim und Heppenheim, sowie das Eichsfeld zwischen Hessen, Thüringen und Braunschweig, dann die Stadt Erfurt in Thüringen. [2])

Von diesem Complexe hat sich das Mainzer Landrecht außer dem Eichsfeld und Erfurt (welche nach dem Promulgationspatent ihre eigenen Rechte behielten), und den bayerischen Gebietstheilen hauptsächlich auf dem rechten Rheinufer und einem Theile des Großherzogthums Hessen, dann des Herzogthums Nassau und Preußen erhalten. [3])

---

[1]) von der Nahmer, l. c. S. XXVII.: „Man mag dem alten Partikularrechte hold sein, oder seine Abschaffung wünschen, jeder muß darin übereinstimmen, daß seine Vorschriften entweder ausdrücklich abgeschafft, oder daß der bisherigen Ungewißheit ein Ende gemacht werde.

Letzteres geschieht, wenn nämlich 1) ausgemittelt wird, welchem früheren Staate jede einzelne Ortschaft angehört, 2) welches Landrecht und welche Partikularverordnung in jeder einzelnen Ortschaft gültig war, wenn also die betreffenden historischen Verhältnisse erörtert werden, 3) wenn von denjenigen Landrechten und Partikularverordnungen, welche den Buchhandlungen entzogen, und schwer zu erhalten sind, ein Abdruck geliefert wird."

[2]) Ueber die Bestandtheile und die Verfassung des Kurfürstenthumes Mainz siehe unten Nr. IV. Es umfaßte im Ganzen 140 □ Meilen mit 300,000 Seelen, wovon 19 □ Meilen mit 70,000 Seelen auf das Eichsfelder und 7 □ Meilen mit 33,000 Seelen auf das Erfurter Gebiet trafen. — Kleinsorg, Geographie 1787.

[3]) von der Nahmer, l. c. S. XXVIII., XXIX. und XXX. — Diese Staaten sind sämmtlich neueren Ursprungs, und seit 1806 resp. 1813 aus Theilen des deutschen Reichs, Frankreichs und der Niederlande entstanden, und hatten bei ihrer Einverleibung eine mehr oder minder vollständige und eigenthümliche Civilgesetzgebung. In den meisten galt das gemeine Recht als Regel, dessen Härten, Controversen und Unvollständigkeiten man in einer Reihe von Jahren durch partikuläre Bestimmungen zu beseitigen bemüht war. So fanden die neueren Staatsregierungen ein auf die Bedürfnisse und Gewohnheiten jedes Landes durch die Erfahrung von Jahrhunderten, und durch die Anstrengung der denkendsten Rechtsgelehrten gegründetes Partikularrecht. Auf dem linken Rheinufer wurden diese durch Einführung des Code Napoleon, in jenen Materien, worüber er Vorschriften enthielt, vernichtet, während auf dem rechten Rheinufer das vorhandene Partikularrecht mit dem subsidiären gemeinen Rechte verblieb, woran allerdings alle Rheinstaaten, am meisten Nassau, durch spätere Bestimmungen Aenderungen vornahmen. Hierdurch zerfallen diese Statuten in **Landrechte** (in Civilgesetzbücher), wodurch in einer Reihe von Materien das gemeine Recht abgeändert oder erläutert, und in **Partikular-Verordnungen**, wodurch über einzelne Rechtsgegenstände Vorschriften gegeben wurden.

Nicht jedes Land hatte sein eigenes Recht, sondern oft waren fremde recipirt, und zwar oft nicht durch ausdrückliche landesherrliche Gesetze, sondern auch durch mehr oder minder zweifelhafte Gewohnheiten.

Ein Grund der unvollständigen Anwendung der älteren partikularrechtlichen Bestimmungen liegt in der gänzlichen Auflösung aller früheren Staaten und Geschäftsbezirke, und in der Unbekanntschaft der jetzigen Richter und Anwälte mit der Geschichte der früheren Staaten mit der Zeit der Erwerbung der einzelnen Ortschaften rc. von der Nahmer, a. a. O. S. XXIII.—XXVI.

Nach einer Anordnung des k. bayer. Staatsministeriums der Justiz vom Jahre 1840 wurden im Königreiche Erhebungen über sämmtliche gültige Partikularrechte gepflogen, eine Veröffentlichung des dadurch gewonnenen Materiales, eine allerdings sehr schwierige und sehr umfassende Arbeit, würde nicht allein von dem forschenden Juristen, sondern auch von dem Richter- und Advokatenstande um so dankbarer aufgenommen werden, als die Statistik des Königreichs Bayern in Beziehung auf materielle bürgerliche Gesetze von Dr. M. Jäck, Bamberg 1828, schon im Jahre 1840 den Bedürfnissen nicht mehr zu entsprechen schien, als die Kenntniß des Bestehenden immerhin die Grundlage seiner Umbildung durch eine Gesetzesreform bleiben muß, und Abänderungen der Civilgesetze große Behutsamkeit und kluge Schonung des Bestehenden erfordern. (Gönner, Jahrbücher, Bd. II. S. 2.)

Die bayerischen Landgerichte, in deren Sprengel noch das M. L. R. in Uebung und Anwendung ist, machten einen Bestandtheil des oberen Erzstiftes und des kurrheinischen Kreises aus. Es gehören die meisten dem k. Bezirksgerichte Aschaffenburg, die übrigen dem k. Bezirksgerichte Lohr an. Die Geschichte dieser Gerichte in Bezug auf die Gesetzgebung ist folgende:

§ VII.

I. Geschichte der zum Bezirksgerichte Aschaffenburg gehörigen Gerichte.

1) Stadtgericht Aschaffenburg. Ein Bestandtheil des Kurstaates Mainz war das Vicedomamt Aschaffenburg mit der Hauptstadt Aschaffenburg. Nachdem Mainz — die Hauptstadt des Kurstaates — in Folge des Lüneviller Friedens vom 9. Februar 1801 mit dem linken Rheinufer an Frankreich gefallen war, bildete sich in Gemäßheit des Reichsdeputations-Hauptschlusses vom 25. Februar 1803 § 25 aus dem Vicedomamte Aschaffenburg und den übrigen Aemtern: Aufenau, Lohr, Orb, Prozelten, Klingenberg und Aura (im Sinngrunde), das Fürstenthum Aschaffenburg, und die Stadt Aschaffenburg wurde die Hauptstadt und Residenz des Kurfürsten.

Auch dann noch, als der Rheinbund (1806) geschlossen, und in dessen Folge von dem Kurerzkanzler der Titel „Fürst Primas" angenommen, und zu seinen Landen die Stadt Frankfurt mit ihrem Gebiete hinzugefügt worden war, blieb das Fürstenthum Aschaffenburg ein für sich bestehender Landestheil.

Erst nachdem im Jahre 1810 — nach Ueberlassung der Stadt Regensburg an die Krone Bayern — der durch Hanau und Fuld vergrößerte Staat des Fürsten Primas in ein weltliches Großherzogthum (Frankfurt) verwandelt, und vom Großherzog durch Organisations-Patent vom 16. August 1810 diesem eine neue Verfassung gegeben wurde, hörte das bisherige Fürstenthum Aschaffenburg auf, und wurde aus ihm das Departement Aschaffenburg gebildet. — (§ 1 und 29 des Organisations-Patentes, vide Frankfurter Regierungsblatt, Bd. I. S. 12 u. 18.)

Von dem Großherzogthum Frankfurt wurde nach seiner Occupation die Stadt Frankfurt mit ihrem Gebiete und das Departement Hanau getrennt (Frankfurter Regierungsblatt III. Bd. S. 235 u. 237), das Departement Aschaffenburg wurde wieder als Fürstenthum Aschaffenburg bezeichnet, und in dieser Gestalt kam es 1814 durch den Pariser Vertrag

vom 3. Juni 1814 § 42 Art. II. — Döllinger, Verordnung-Sammlung Bd. I. S. 254 — an die Krone Bayern.

Mit der Stadt Aschaffenburg war von der frühesten Zeit her der Ort Damm incorporirt. Dieser Ort stand früher unter dem Aschaffenburger Stadtamt in administrativer, polizeilicher und gerichtlicher Hinsicht; er blieb bei der Gerichtsorganisation des Großherzogthums Frankfurt gleich wie die Stadt Aschaffenburg bei deren Mairie (Localbehörde) (Gerichtsverfassung § 50 ff. Frankfurter Regierungsblatt II. Bd. S. 139), und stand nach dem Anfalle an Bayern unter dem Stadtgerichte Aschaffenburg in gerichtlicher, und unter dem Magistrate Aschaffenburg in administrativer Beziehung (Aschaffenburger Intelligenzblatt 1814 Nro. 104).

Erst im Jahre 1819 wurde Damm als besondere Ruralgemeinde in administrativer Hinsicht dem Landgerichte Aschaffenburg einverleibt, jedoch ohne Veränderung der bisherigen Verhältnisse in Bezug auf die Gerichtsbarkeit, und vorbehaltlich der sonstigen zwischen Aschaffenburg und Damm bestehenden Rechte und Verbindlichkeiten. (Entschließung der k. Regierung vom 26. November 1819.) Die Gesetzgebung war auch für Aschaffenburg und Damm stets die gleiche. Bis zum 1. Januar 1811 galt in beiden Gemeinden das M. L. R. mit dem subsidiären gemeinen Rechte, von da bis 1. Februar 1814 der Code Napoleon nach der deutschen Uebersetzung von Erhard von 1808 (Frankfurter Regierungsblatt Bd. I. S. 6 und Bd. III. S. 249), worauf wieder die früher gültig gewesenen Gesetze eingeführt wurden. [1])

2) Das k. Landgericht Aschaffenburg, dessen Gerichtssitz in der Stadt Aschaffenburg ist, hat die Civilgerichtsbarkeit über 24 Dörfer mit mehreren Weilern, Höfen, Mühlen 2c., nämlich Dürrmorsbach, Gailbach, Glattbach, Goldbach, Großostheim, Grünmorsbach, Haibach, Hösbach, Johannesberg, Keilberg, Kleinostheim, Leider, Mainaschaff, Oberafferbach, Oberbessenbach, Obernau, Sailauf, Schweinheim, Steinbach, Stockstadt, Straßbessenbach, Unterafferbach, Wenighösbach und Winzenhohl, mit einer Bevölkerung von 18,325 Seelen, wovon mehrere Gemeinden bei der Auflösung des vormaligen Landgerichtes Kaltenberg im Jahre 1828 hinzukamen. Es bildet westlich einen Theil der Landesgrenze gegen das Großherzogthum Hessen.

Zur Zeit des Erzstiftes Mainz standen die Orte des Landgerichtsbezirks in Folge der Aemterorganisation von 1792 unter der Gerichtsbarkeit der Vogteiämter Schweinheim und Kaltenberg, und beide Aemter

---

[1]) Auf die Dauer der Gültigkeit des Code Napoleon gewannen auch die zwischen dem 1. Januar 1811 und 1. Februar 1814 in den großh. frankfurtischen Regierungsblättern enthaltenen Staatsrathsgutachten und Verordnungen für alle Orte, in welchen jenes Gesetzbuch eingeführt war, Geltung: a) die Verordnung vom 28. Dezember 1810, die Beurtheilung der vor dem 1. Januar 1811 errichteten und nach diesem Termine eröffneten Testamente betreffend (Regier.-Bl. Bd. I. S. 263 u. 599); b) die Verordnung vom 28. Februar 1811 über den Zinswucher (Regier.-Bl. Bd. I. S. 389); c) Verordnung vom 28. Februar 1811 über die Beurtheilung der Vermögensrechte der Ehegatten in Ansehung der vor Einführung des Code Napoleon geschlossenen Ehen, und einiger hiemit in Verbindung stehender vormundschaftlicher Gegenstände (Regier.-Bl. I. S. 393); d) die Verordnung vom 5. September 1811 über die Religionsbestimmung der Kinder aus gemischten Ehen (Regier.-Bl. Bd. I. S. 537); e) Verordnung vom 24. Sept. 1812 und 5. April 1813, die Vorzugs- und hypothekarischen Rechte der Staats- und Domänenkassen bei entstehendem Conkurse der Gläubiger (Regier.-Bl. Bd. II. S. 113 u. 641); f) Verordnung vom 24. September 1812 über die Form der Juden-Eide (Regier.-Bl. Bd. II. S. 116.)

gehörten zum Vicedomamte Aschaffenburg. (Dahls Geschichte von Aschaffenburg § 11.)

Was bei der Stadt Aschaffenburg von der Einführung des Code Napoleon gesagt ist, gilt auch hier, nämlich das M. L. R. war durch jenes Gesetzbuch in den Gemeinden des Landgerichtsbezirkes nur vom 1. Januar 1811 bis 1. Februar 1814 verdrängt.

3) Das Landgericht Alzenau umfaßt 19 Ortsgemeinden: Albstadt, Alzenau, Breunsberg, Daxberg, Dettingen, Großwelzheim, Hemsbach, Hohl, Hörstein, Kahl, Kälberau, Mensengesäß, Michelbach, Mömbris mit Rappach, Niedersteinbach, Reichenbach, Rückersbach, Schimborn und Wasserlos mit 9844 Einwohnern. In allen diesen Orten galt mit Ausnahme der Zeit vom 1. Januar 1811 bis 1. Februar 1814, wo auch hier der Code Napoleon eingeführt war, das Kurmainzer Landrecht bis jetzt. Nur im Orte Niedersteinbach gilt das Solmser Recht von 1571. — (Das Nähere über die Gesetzesstatistik von Alzenau unten bei Nr. 8 u. 9.) Das Amt Alzenau ist merkwürdig wegen seiner früheren Rechte und Verfassung als Freigericht [1]); es gehörten dazu die Gemeinden und Höfe: Albstadt, Altenmittelau, Alzenau (ehemals Willmundsheim genannt), Bernbach, Dörsthof, Emmerichshof, Großwelzheim, Heinsbach, Hörstein, Hörbach, Hüttengesäß, Kahl, Kälberau, Meerhof, Michelbach, Mömbris, Neuses, Somborn, Trages, Wasserlos.

Die Volkssage führt die Entstehung des Freigerichtes auf eine Hülfe zurück, welche einst die Bewohner der hohen Mark dem Kaiser Friedrich Barbarossa leisteten, als dieser in der Nähe des Baches Rodenbach, unfern der alten Heerstraße (jetzigen Birkenhainerstraße), welche an Somborn vorüber nach Hanau führt, von einer Uebermacht feindlich überfallen wurde. Kaiser Friedrich gewährte jenen Bewohnern der hohen Mark Freiheit des Landes; sie hatten nur jährlich einen Wagen voll Heu mit einem Hahnen zur Kaiserburg Gelnhausen zu leisten.

Im Jahre 1500 kömmt das Freigericht zum Erstenmale wieder als Reichslehen vor, nachdem die Grafen von Berbach, erblich gewordene Besitzer der ihnen oder ihren Vorfahrern vom Kaiser als Amtsbezirk überwiesenen Grafschaft ausgestorben waren. Hauptort des Freigerichtes war Alzenau; dort wurden auf seinen Märkerdingen unter einer Linde durch seine Eingesessenen die wichtigeren Angelegenheiten des Distriktes berathen, wozu jeder der Inwohner des Distriktes zugezogen wurde, wenn er auch nur soviel Land hatte, um einen dreibeinigen Stuhl darauf setzen zu können.

Durch kaiserliche Belehnung kam das Freigericht an Kurmainz und die Grafschaft Hanau. Der Erbhuldigung widersetzten sich die Märker in einem 29 Jahre dauernden Kampfe, aus welchem übrigens der Bezirk mit einer neugestalteten Freiheit als vereint gebliebenes Land hervorging.

---

[1]) Freigerichte waren Distrikte (Gauen oder Centen), welche dem Reiche entweder als übriggebliebene Besitzungen oder als heimgefallene Lehen zugehörten, und wegen irgend eines Interesse des Kaisers mit mancherlei Freiheiten von Abgaben, Diensten und persönlichen Verhältnissen begnadigt, frei von dem Einflusse jeder anderen Herrschaft, nur unter kaiserlichem unmittelbarem Schutze standen. Ihr Ursprung liegt in jener Zeit, wo die Herzoge und Grafen Eigenthümer ihrer Amtsbezirke waren. — A. Rottmeier, statistisch-topographisches Handbuch für den Untermainkreis des Königreiches Bayern 1830. S. 15.

2

Nach Beendigung der Bauernkriege wurde das Freigericht durch landesherrliche Begnadigung 1529 in seinen Rechten belassen, und die Märkerschaft von Beet, Diensten und Atzungen befreit. Darauf huldigten am 9. Juni 1529 die neuen Unterthanen der gemeinsamen Herrschaft. Der nach Aussterben der Grafen von Hanau zwischen Kurmainz und Hessen-Kassel wegen der Lehensnachfolge in dem Hanau'schen Antheile entstandene Prozeß wurde 1739 durch Theilung beendigt. Als zerrissenes Land blieben die Gerichte Hörstein und Alzenau als Centen bis 1782 unter der Administration des Mainzer Kellers, kamen in diesem Jahre zur Vogtei Alzenau resp. zum Oberamte Steinheim, und nachdem diese Vogtei 1803 nebst der Abtei Seligenstadt durch Reichsdeputationshauptschluß § 7 an die Landgrafschaft Hessen-Darmstadt fiel, wurde sie unter die Regierung, später unter das Hofgericht gestellt, und bildete mit der Herrschaft Geiselbach [1]) seit 1811 das Amt Alzenau, in welchem Zustande dasselbe durch Staatsvertrag mit dem Hause Oestreich vom 14. April 1816 gleich den Fuldaischen Aemtern Brückenau, Hammelburg und Weihers an die Krone Bayern überging. (Siehe Geschichte und Topographie des Freigerichtes Alzenau von J. W. Chr. Steiner. Aschaffenburg 1820.)

4) Das Landgericht Klingenberg zählt 23 Gemeinden: Eichelsbach, Eschau, Elsenfeld, Erlenbach, Großheubach, Hausen, Hobbach, Hofstetten, Klingenberg, Mechenhart, Mönchberg, Röllbach, Röllfeld, Rück mit Himmelthal, Schippach, Schmachtenberg, Sommerau, Streit, Trennfurt, Wildensee und Wörth mit 14,114 Einwohnern.

Bezüglich der älteren Jurisdiktions- und politischen Verhältnisse sind nach den ehemaligen Bestandtheilen dieses Gerichtes zu unterscheiden: a) das ehemalige Amt Klingenberg; b) das ehemalige Amt Prozelten; c) das gräflich Erbach'sche Amt Wildenstein; d) die Kirschfurt.

Soweit die geschichtlichen Urkunden reichen, besaß in den ältesten Zeiten die Dynastenfamilie der Schenken von Klingenberg die Burg und Stadt Klingenberg nebst Burg und Stadt Prozelten. Im Jahre 1275 verkaufte Konrad III. Schenk von Klingenberg Burg und Stadt Prozelten an die Grafen von Wertheim und die Herren von Hanau.

Die alte Cent Klingenberg, welche noch im Jahre 1472 und späterhin die Cent zur Eiche genannt wurde, hatte ihr Centgericht zu Klingenberg, dieses aber seinen Oberhof zu Ostheim (Großostheim). Dort hatte ein Grafen- oder Obergericht seinen Sitz, welches 1527 aufgehoben wurde.

Das Amt Klingenberg begriff bis zum Jahre 1782 die Centen Klingenberg, Wörth und Mönchberg unter sich, wozu die Städte Klingenberg und Wörth, sowie die Dörfer: Trennfurt, Röllfeld, Erlenbach, Elsenfeld, Mechenhart, Schippach, Streit, Mönchberg, Großheubach, Röllbach und Schmachtenberg gehörten.

Bei der Aemter-Organisation des Jahres 1782 wurde in Miltenberg ein Oberamt errichtet, welchem die Aemter Miltenberg, Klingenberg

---

[1]) Die Orte Albstadt, Michelbach, Kälberau, Alzenau, Wasserlos, Hemsbach, Hörstein, Großwelzheim und Kahl sind unter dem Namen Freigericht, und die Orte Geiselbach, Hofstetten und Omersbach, ehemals zur Abtei Seligenstadt gehörig, unter dem Namen „Herrschaft Geiselbach" bekannt.

und Prozelten untergeordnet wurden. Nach dem Reichsdeputationshauptschluß von 1803, welcher das Oberamt Miltenberg trennte, erfolgte eine neue Organisation, und es wurde zu Klingenberg ein besonderes Oberamt errichtet, welchem die Vogteiämter Klingenberg und Prozelten untergeben waren. Durch die Organisation, der Fürst-Primatischen großherzoglich Frankfurtischen Staaten endlich ist das Oberamt Klingenberg zum Departement Aschaffenburg angewiesen worden.

Bei Einführung des Code Napoleon am 1. Januar 1811 traten an die Stelle der Ober- und Vogtei-Aemter die Distriktsmairien resp. Friedensgerichte. Am 1. Januar 1815 entstand hieraus das k. Landgericht Klingenberg in demselben Umfange, wie das Vogteiamt 1810 bestand.

Das Amt Wildenstein oder die Cent Eschau war als ein pfälzisches Lehen dem ausgestorbenen Grafen von Rineck zugehörig, und kam im 16ten Jahrhundert als ein heimgefallenes Lehen an das Haus Erbach, als eine Vergeltung der Dienste, welche die Herren dieses Hauses Kurpfalz geleistet hatten, und zu einiger Vergütung erlittener Kriegsschulden. Nach eingetretener Mediatisirung des gräfl. Erbach'schen Hauses (1806) bildete das Ort Wildenstein einen Bestandtheil des Fürstenthums Aschaffenburg, und trat rücksichtlich jenes Amtes im November 1810 die fürstl. löwensteinische Justiz-Kanzlei zu Kreuzwertheim als II. Instanz an die Stelle der ehemaligen gräfl. Erbach'schen Regierung zu Erbach, welches Verhältniß bis zum Jahre 1821 dauerte.

Im Jahre 1824 wurde das Herrschaftsgericht Eschau mit dem Landgerichte Kleinwallstadt vereinigt, und kam im Jahre 1829 an das Landgericht Klingenberg.

Die Kirschfurter Markung mit den Kirschhöfen gehörte früher zu dem geistlichen Fürstenthum Würzburg, in specie zu dem vormals Würzburgischen Amte Freudenberg (jetzt in Baden). Mit diesem Amte kam sie durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 unter die Landeshoheit der damals souverainen Fürsten von Löwenstein, und vermöge der Rheinbundesakte kam die Souverainität über die in Frage stehende, als auf dem rechten Mainufer gelegene Markung an den Fürst-Primas, nachherigen Großherzog von Frankfurt, und 1814 unter k. bayr. Hoheit.

Unterm 30. Juni 1828 wurde dem Landgerichte Klingenberg einverleibt der vormalige Landgerichtsbezirk Prozelten, und am 8. und 14. Januar 1829 von dem vormaligen Landgerichtsbezirke Kleinwallstadt der Bezirk des früheren Herrschaftsgerichts Eschau, dann der Ort Sommerau. Dagegen wurden die Gemeinden Elsenfeld und Hofstetten dem Landgerichte Obernburg zugetheilt. (Regier.-Bl. v. 1829 S. 22—24.)

Die Gemeinde Röttbach wurde durch Entschließung vom 5. Juni 1836 dem k. Landgerichte Marktheidenfeld überwiesen, und gehört jetzt zum Landgerichte Stadtprozelten.

Ferner wurde unterm 4. April 1838 das Schloß Aulenbach sammt dem Aulenbacher Walde vom Landgerichte Obernburg getrennt und mit Klingenberg verbunden.

Mit Ausnahme der Orte Eschau, Wildenstein, Wildensee und Unteraulenbach, wo das gräfl. Erbach'sche Landrecht [1]) gilt, und der

---

[1]) Das Erbach'sche Landrecht von 1520 wurde im Jahre 1824 von dem großh. hess. Justizkanzleirath Fr. K. H. Beck und dem Advokaten G. Lautern geordnet und erläutert, welche Zusammenstellung aber keine Gesetzeskraft hat.

Kirschfurt mit fränkischem Landrechte ist im ganzen Bezirke Klingenberg das M. L. R. publicirt und in Anwendung nebst den bereits angeführten späteren Verordnungen. Zu bemerken ist hiebei, daß die Judenverordnungen vom 13. Dezember 1729 und 27. August 1753 im vormaligen Bezirke Klingenberg volle Gültigkeit hatten, indem sich in dessen Registratur ein Exemplar derselben mit Publikationsnachweis vorfindet, und auch von den Gerichten aller Instanzen danach gesprochen wurde. Ausgenommen davon blieben die Orte Fechenbach und Reistenhausen, indem diese zur Zeit der Erlassung fraglicher Verordnungen nicht zu Kurmainz, sondern den reichsmittelbaren Herren v. Rüdt zu Collenberg gehörten.

Gleicher Fall bestand auch in Bezug auf Röllbach, welches Hohen-eckisch war, und den Klotzenhof, welcher unter die Jurisdiktion und Vogteiherrlichkeit der Aebte und Aebtissinen des Klosters Himmelthal gehörte.

Interimistisch war vom 1. Januar 1811 bis 1. Februar 1814 der Code Napoleon im ganzen Bezirke eingeführt.

5) Das Landgericht Stadtprozelten begreift 27 Gemeinden: Altfeld, Bischbrunn, Breitenbrunn, Dorfprozelten, Esselbach, Faulbach, Fechenbach, Glasofen, Hasselberg, Haßloch, Kredenbach, Kreuzwertheim, Michelrieth, Neuenbuch, Oberaltenbuch, Oberndorf, Oberwittbach, Reistenhausen, Rettersheim, Röttbach, Schollbrunn, Stadtprozelten, Steinmark, Trennfeld, Unteraltenbuch, Unterwittbach und Wiebelsbach mit einer Seelenzahl von 12,155.

Ueber das ehemalige Amt Prozelten geben vorzüglich ein Eintrag in das Stadtprozelter Pfarrbuch, die sog. Albertinische Verordnung vom Kurfürst Kardinal Albert vom Jahre 1528, „die Ordnung der Stadt Prozelten“ überschrieben, und das Jurisdiktionalbuch des Amtes Prozelten Aufschluß.

Aus diesen Urkunden geht hervor, daß der deutsche Orden 1433 als damaliger Besitzer das Amt Prozelten errichtet hat, von welchem solches anno 1484, wie aus anderen Nachrichten bekannt ist, durch den Kurstaat Mainz gegen das Amt Neckarsulm eingetauscht wurde.

Aus der Albertinischen Verordnung geht weiter hervor, daß in Prozelten ein Amt nicht allein mit Civil-, sondern auch mit Criminalgerichtsbarkeit bestanden hat. In seiner damaligen Ausdehnung gehörten zu diesem Amte außer Stadtprozelten noch Dorfprozelten, Faulbach, Montfeld (jetzt badisch), Röttbach, Großheubach, Röllbach und Schmachtenberg. Im Uebrigen theilte das Amt mit dem Amte Klingenberg gleiche Schicksale, und fällt zum Theil mit der Geschichte des letzteren zusammen.

Zu bemerken ist noch, daß 1815 der Graf v. Reigersberg mit der Gerichtsbarkeit des Vogteiamtes Prozelten belehnt wurde, welcher daraus in Verbindung mit seinem Patrimonialgerichte Fechenbach ein Herrschaftsgericht zu Stadtprozelten bildete, welche Belehnung aber durch das Edikt zur Verfassungs-Urkunde über gutsherrliche Rechte und Gerichtsbarkeit wieder zurückgenommen wurde.

Unterm 27. Februar 1853 wurde die Gerichts- und Polizeibehörde Kreuzwertheim in ein Landgericht mit dem Sitze in Stadtprozelten umgewandelt, und ihm vom Landgerichte Klingenberg die Gemeinden: Breitenbrunn, Dorfprozelten, Neuenbuch, Oberaltenbuch, Reistenhausen,

Stadtprozelten und Unteraltenbuch zugetheilt, ferner die bisher zum Landgerichte Rothenfels gehörigen Gemeinden: Esselbach und Oberndorf, sowie die Gemeinde des Landgerichts Marktheidenfeld: Röttbach. (Regier.-Bl. 1853 S. 278 ff. S. 972.)

Die Gemeinden des früheren fürstl. Löwenstein'schen Herrschaftsgerichts, und seit 1. Oktober 1848 k. Gerichts- und Polizeibehörde Kreuzwertheim: Altfeld, Glasofen mit Eichenforst, Hasselberg, Haßloch, Kredenbach, Kreuzwertheim, Michelrieth, Oberwittbach und Steinmark waren bis zur Auflösung der deutschen Reichsverfassung Bestandtheile der reichsunmittelbaren Besitzungen der zum fränkischen Grafencollegium gehörigen Grafen von Wertheim und des Landamtes Wertheim.

Das Herrschaftsgericht Kreuzwertheim vereinigte in sich seit 22. Mai 1822 auch die Orte des seit 1. Januar 1815 provisorisch bestandenen Herrschaftsgerichts Triefenstein: a) Grünau, Kirchelhof, Nickelmühle, Schenkelmühle und Schollbrunn; b) die Orte: Baumgartshof, Rettersheim, Triefenstein, Unterwittbach, Wiebelsbach, und c) Trennfeld.

Die zu a benannten Orte waren gleichfalls bis zur Auflösung des deutschen Reiches Bestandtheile der Grafschaft Wertheim, jedoch war bis 1802 nur ein Theil des Ortes Schollbrunn eine unmittelbare Besitzung der Grafen von Wertheim, während die übrigen Orte zu den unter Wertheim'scher Landeshoheit stehenden Besitzungen der Karthause Grünau gehörten, welche durch § 14 Abs. 2 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Februar 1803 den Grafen, jetzt Fürsten von Löwenstein-Wertheim-Freudenberg als Entschädigung überwiesen wurden. Die zu b benannten Orte bildeten bis 1802 Besitzungen der unter fürstl. Würzburg'scher Landeshoheit stehenden Canonie oder Probstei Triefenstein, und der zu c genannte Ort Trennfeld war bis 1802 eine Eingehörung des Würzburg'schen Amtes Homburg a. M. Dieser Ort, sowie die Besitzungen der Probstei Triefenstein waren ebenfalls durch den Reichsdeputationshauptschluß § 14 Abs. 2 an Löwenstein als Entschädigung gefallen, und daher erst seit dieser Zeit Theile seiner reichsunmittelbaren Besitzungen geworden.

Aus den sub a, b und c genannten Orten wurde am 7. Mai 1803 das Wertheim'sche Amt Triefenstein gebildet, und durch eine am 10. März 1804 zwischen Kurpfalzbayern als damaligem Besitzer des Fürstenthumes Würzburg und dem Grafen Löwenstein abgeschlossene Convention wurde von Seite Bayerns noch insbesondere die bis dahin streitig gebliebene Landeshoheit über die früheren Besitzungen der Probstei Triefenstein, sowie die Centgerechtsame über diese Orte und die katholischen Unterthanen in dem Orte Schollbrunn an Löwenstein überlassen. (Kurpf. bayr. fränk. Regier.-Bl. 1804 S. 126 Art. 1.)

Nachdem durch den Art. 24 der Rheinbundesakte vom 12. Juli 1806 alle Souverainitätsrechte über die Besitzungen des Fürsten und der Grafen von Löwenstein-Wertheim, welche auf der rechten Seite des Maines lagen, dem Fürsten-Primas zugetheilt, und demzufolge demselben die Souverainitätsrechte über die zu a und b genannten Orte des bisherigen Landamtes Wertheim, sowie des Amtes Triefenstein am 13. September 1806 überwiesen worden waren, so wurde aus diesen bisherigen Orten des Landamtes Wertheim das Amt Kreuzwertheim gebildet, und sowohl dieses Amt, als das Amt Triefenstein mit dem Fürstenthume Aschaffenburg verbunden. Als Bestandtheile dieses Fürstenthumes gingen dann beide Aemter am 26. Juni 1814 an die Krone

Bayern über, erhielten mit dem 1. Januar 1815 (Aschaffenburger Intell.-Bl. pro 1814 St. 83 u. 104) die Eigenschaft von Herrschaftsgerichten I. Klasse und wurden, wie erwähnt, am 22. Mai 1822 zu einem Gerichte mit dem Herrschaftsgerichte Kreuzwertheim vereiniget.

Die Orte Esselbach und Oberndorf gehörten bis 1802 zu dem Würzburg'schen Amte Rothenfels, und wurden mit diesem Amte durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 § 14 Abs. 1 dem Fürsten Löwenstein-Wertheim-Rosenberg als Entschädigung zugetheilt. Nachdem aber 1806 dem Fürsten Primas die auf dem rechten Mainufer dieses Amtes gelegenen Orte zugefallen waren, kamen sie als Eingehörungen des Amtes Rothenfels an das Fürstenthum Aschaffenburg, und gingen sofort am 26. Juni 1814 an die Krone Bayern über.

Bezüglich der dem Landgerichte Stadtprozelten von Klingenberg zugetheilten Orte ist unter Klingenberg bereits das Nöthige erörtert.

Bei der am 30. Juni 1828 verfügten Auflösung des Landgerichtes Stadtprozelten wurden seine Bestandtheile Klingenberg einverleibt (Regier.-Bl. von 1829 S. 23), das Ort Röttbach fiel jedoch am 5. Juni 1836 an Marktheidenfeld, von wo es wieder, wie bemerkt, 1853 zurückkam. (Regier.-Bl. 1836 S. 399.)

Fechenbach und der nicht unmittelbare Antheil von Reistenhausen gehörten bis 1806 zu den im reichsritterschaftlichen Verbande stehenden, zum fränkischen Ritterorte Odenwald gehörigen Besitzungen des Freiherrn von Reigersberg. Durch Art. 25 der rheinischen Bundesakte vom 12. Juli 1806 erhielt der Fürst-Primas die Souverainitätsrechte über dieselben. Das Patrimonialamt Fechenbach wurde mit dem Fürstenthume Aschaffenburg verbunden, und ging mit demselben am 26. Juni 1814 an Bayern über. Nach Verzicht auf diese Gerichtsbarkeit wurden die Bestandtheile des 1820 zum Patrimonialgerichte I. Klasse constituirten Patrimonialamtes Fechenbach mit dem Landgerichte Klingenberg am 3. Februar 1837 vereinigt.

Oberaltenbuch war bis 1802 eine zum fränkischen Ritterort Odenwald steuerbare Besitzung der unter Wertheim'scher Landeshoheit stehenden Karthause Grünau, jedoch standen dem Kurstaate Mainz darüber mehrere wesentliche Hoheitsrechte zu, welche durch die Amtsvogtei Prozelten ausgeübt wurden.

Mit Grünau ging 1806 auch Oberaltenbuch an Wertheim über, und wurde dem Amte Triefenstein zugetheilt, ohne seine Stellung zu der Vogtei Stadtprozelten zu ändern. Durch Art. 24 und 25 der Rheinbundsakte erhielt jedoch der Fürst-Primas alle Souverainitätsrechte über genannten Ort, und durch diese Verbindung mit Aschaffenburg kam er 1814 an Bayern.

Bei Bildung des Herrschaftsgerichts Kreuzwertheim 1821, und dessen Vereinigung mit Triefenstein ward Oberaltenbuch, da es nicht zu den vormals reichsständigen Besitzungen des Hauses Löwenstein gehörte, von Triefenstein getrennt, und hieraus am 30. Dezember 1822 ein eigenes fürstl. Löwenstein-Wertheim-Freudenberg'sches Patrimonialgericht I. Klasse gebildet, welches durch das Gesetz von 1848 aufgehoben und mit Klingenberg vereinigt wurde. (Regier.-Bl. 1849 S. 161 ff.)

Die Kirschfurter Höfe gehörten bis 1802 zu dem unmittelbar fürstl. Würzburg'schen Amte Freudenberg, fielen dann mit diesem Amte 1803 dem damaligen Grafen, jetzigen Fürsten von Löwensteim-Wertheim als Entschädigung zu und bildeten bis 1806 einen Theil der

reichsständischen Besitzungen dieses Hauses. Im Jahre 1806 ging diese auf dem rechten Mainufer gelegene Parzelle des Amtes Freudenberg an das Fürstenthum Aschaffenburg über, wurde mit Reistenhausen verbunden und gelangte so 1814 an Bayern; 1818 wurde sie dem Amte Stadtprozelten, 1828 dem Landgerichte Klingenberg und 1853 dem Landgerichte Stadtprozelten bei dessen neuerlicher Errichtung zugetheilt.

Im ganzen Bezirke des Landgerichtes Stadtprozelten galt vom 1. Januar 1811 bis 1. Februar 1814 der Code Napoleon. Vorher und nachher galten in den verschiedenen Bestandtheilen des Gerichtes verschiedene Civilgesetzgebungen, nämlich: 1) in denjenigen Theilen, welche bis 1802 Zugehörungen der kurmainz'schen Amtsvogtei Stadtprozelten waren, und in jenen Orten, welche bis 1806 im reichsritterschaftlichen Besitze standen, also in den Orten: Breitenbrunn, Dorfprozelten mit Kollenberg, Faulbach, Neuenbuch mit den Thiergartenhöfen, Reistenhausen, Röttbach, Wildensee, Stadtprozelten, Ober- und Unteraltenbuch, Fechenbach und Bischbrunn das kurmainzer Landrecht; 2) in denjenigen Orten, welche bis 1802 zu den theils unmittelbaren, theils mittelbaren Besitzungen des Fürstenthumes Würzburg gehörten und durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 theils dem fürstlichen, theils dem damals gräfl. Hause Löwenstein-Wertheim als Entschädigung zugefallen waren, nämlich: zu Altfeld, auf den Kirschfurter Höfen, dann zu Glasofen mit Eichenforst, Hasselberg, Heßbach, Kredenbach, Kreuzwertheim, Michelrieth, Oberwittbach, Steinmark, Nettersheim, Unterwittbach, Wiebelsbach, Trennfeld, Esselbach, Oberndorf und Schollbrunn primär das Würzburger Landrecht mit den im Zwischenraume von 1803 bis 1806 ergangenen Wertheim'schen Verordnungen, und subsidiär das gemeine Recht.

In den Orten, welche schon vor 1802 entweder unmittelbar oder mittelbar Eingehörungen der Reichsgrafschaft Wertheim waren, und welche jetzt noch als Orte aus der Grafschaft gewöhnlich bezeichnet werden: Altfeld, Glasofen, Haßloch, Hasselberg, Kredenbach, Kreuzwertheim, Michelrieth und Steinmark, ist hauptsächlich durch Gerichtsgebrauch (obgleich das gemeine Recht gültig war), bei den ehlichen Güterverhältnissen, Vermögenstheilungen und Einkindschaftungen, insbesondere bei dem Bürger- und Bauernstande (wenn nicht durch Ehepakten andere Bestimmungen getroffen waren), das Würzburger Landrecht eingeführt worden.

6) Das k. Landgericht Rothenbuch begreift 15 Gemeinden: Habichsthal, Hain, Heigenbrücken, Heimbuchenthal, Hessenthal, Krausenbach, Krommenthal, Laufach, Neudorf, Neuhütten, Rothenbuch, Waldaschaff, Weibersbrunn, Wiesthal und Wintersbach mit 9736 Einwohnern. In diesen Gemeinden gilt ausschließlich das Mainzer Landrecht.

Die früheren Bestandtheile dieses Gerichtes (Aschaffenburger Intell.-Bl. 1814 Nr. 83 u. 104) waren bis zur Auflösung des Kurstaates Mainz, 1802, Theile der Amtsvogtei Rothenbuch, Vicedomamtes Aschaffenburg, und gingen mit dem Fürstenthume Aschaffenburg 1814 an Bayern über. Einen Zuwachs erhielt der Bezirk 1842 durch die Auflösung des gräfl. Ingelheim'schen Patrimonialgerichtes I. Klasse Unterhausen mit Heumaden zur Gemeinde Heimbuchenthal, und Mespelbrunn zur Gemeinde Neudorf gehörig. Diese Parzellen waren bis 1806 reichsritterschaftliche Besitzungen des Grafen Ingelheim, fielen sodann gemäß Art. 25 der rheinischen Bundesakte vom 12. Juli 1806 an des Fürsten Primas

Souverainität, wurden nun als Theile des Ingelheimischen Patrimonialgerichtes Unterhausen mit dem Fürstenthume Aschaffenburg verbunden und gingen mit diesem am 26. Juni 1814 an Bayern über. Vom 1. Januar 1815 bis 1820 ruhte diese Patrimonialgerichtsbarkeit, und am 5. Dezember 1842 wurde die Gesammtgerichtsbarkeit des Grafen Ingelheim zu Unterhausen, Mespelbrunn und Heimathen für den Staat Bayern erworben. Am 1. Oktober 1857 (Regier.-Bl. S. 1061) ging die Gemeinde Bischbrunn an Stadtprozelten über.

7) Das k. Landgericht Schöllkrippen, welches im Jahre 1857 aus Theilen der Landgerichte Aschaffenburg, Alzenau und Rothenbuch errichtet wurde, zählt 25 Gemeinden: Dörnsteinbach, Edelbach, Eichenberg, Erlenbach, Feldkahl, Geiselbach, Großblankenbach, Großkahl, Großlaudenbach, Heinrichsthal, Hofstetten, Huckelheim, Jakobsthal, Kleinblankenbach, Kleinkahl, Kleinlaudenbach, Königshofen, Krombach [1]), Oberwestern, Omersbach, Rottenberg, Schneppenbach, Schöllkrippen, Sommerkahl und Unterwestern mit 9155 Einwohnern. Es gilt auch hier allenthalben nur das M. L. R. In Unterwestern soll das Leiningen'sche Statutarrecht Geltung gehabt haben, jedoch nicht zur Anwendung gekommen sein.

8) Das Landgericht Obernburg mit 15 Gemeinden: Dornau, Ebersbach, Eisenbach, Großwallstadt, Kleinwallstadt, Leidersbach, Mömmlingen, Niedernberg, Obernburg [2]), Pflaumheim, Roßbach, Soden, Sulzbach, Volkersbrunn und Wenigumstadt zählt 12,593 Einwohner. Sämmtliche Orte gehörten bis 1802 zum Kurstaate Mainz, wurden dann mit dem Fürstenthume Aschaffenburg verbunden, und gingen mit diesem am 26. Juni 1814 an das Königreich Bayern über. Es gilt in allen diesen Orten blos das M. L. R.

9) Das Landgericht Miltenberg. 10. Das Landgericht Amorbach. Ersteres begreift gegenwärtig 16 Gemeinden: Breitendiel, Bullau, Bürgstadt, Eichenbühl, Heppdiel, Kleinheubach, Laudenbach [3]), Miltenberg, Neukirchen, Richelbach, Riedern, Rüdenau, Schippach, Umpfenbach, Wenschdorf, Windischbuchen [4]), mit 11,060 Einwohnern, und letzteres 23 Orte: Amorbach, Beuchen, Boxbrunn mit Neidhof, Breitenbach, Buch, Dörnbach, Gönz mit Sansenhof, Hambrunn, Kirchzell, Neudorf, Ohrnbach, Otterbach, Ottorfszell, Preunschen, Reicharts-

---

[1]) In dem zu den reichsritterschaftlichen Besitzungen der Grafen Schönborn gehörigen sog. Landgericht Krombach galt primär als Gewohnheitsrecht das M. L. R., jedoch mit der Modification, daß gegen die Bestimmungen des Tit. XIV. § 6 in Vergleich mit Tit. VIII. § 9 die Eltern, wenn sie mit ihren Kindern erben, das Ererbte nur nutznießlich erhalten, und zwar ohne Rücksicht auf eine eingegangene weitere Ehe.

[2]) Obernburg erhielt im Jahre 1318 Stadtrechte gleich den Städten Wedreibagau.

[3]) Das Dorf Laudenbach stand unter der Gutsherrschaft des Freiherrn von Fechenbach, und das Dorf Umpfenbach unter jener des Fürsten von Trautmannsdorf.

[4]) Windischbuchen gehörte zur Hälfte dem Grafen von Ingelheim und Freiherrn von Sickingen, die andere Hälfte zum Amte Miltenberg. Die Ueberweisung der Orte Laudenbach, Reichertshausen, Umpfenbach und Windischbuchen an Bayern erfolgte durch Vertrag vom 29. Januar 1817, und wurden dagegen die Bachgau-Orte des Landgerichtes Obernburg: Dorndiel, Maßbach und Radheim an Hessen abgetreten.

hausen [1]), Reuenthal, Schneeberg, Watterbach, Weckbach, Weilbach, Wiesenthal und Zittenfelden mit 7,237 Einwohnern.

Beide vormalige kurmainz'sche Aemter kamen gemäß § 20 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 nebst den jetzt badischen Aemtern Buchen, Seeligenthal und Bischofsheim unter die fürstl. Leiningen'sche Landesherrschaft, bei der durch den Rheinbund erfolgten Mediatisirung dieses Fürstenhauses, am 12. Juli 1806 unter badische Hoheit, am 8. September 1810 unter hessische Souverainität [2]), und wurden mit den Aemtern Alzenau und Heubach nach Art. III. des Vertrags zwischen Oestreich und Bayern vom 14. April 1816 resp. 30. Juni 1816 (Döllinger, Bd. I. S. 262) von der Krone Bayern am 17. Juli 1816 in Besitz genommen, und in der Verwaltung dem Fürstenthume Aschaffenburg zugetheilt. Mit Ausnahme des Bezirkes des im Jahre 1848 aufgelösten Herrschaftsgerichtes Kleinheubach gilt überall das M. L. R. nebst dem Leiningen'schen Justizämter-Reglement vom 31. August 1805 [3]), wovon übrigens nach Gesetz vom 11. September 1825 (Ges.-Bl. S. 83. 86) der größte Theil aufgehoben ist, mit Ausnahme des § 33, welcher die Verbeistandung der Frauenspersonen bei allen gerichtlichen Handlungen anordnet.

Beide Gerichte waren bis zum 1. Oktober 1848 fürstl. Leiningen'sche standesherrliche Herrschaftsgerichte.

In der Gemeinde Kleinheubach [4]), welche mit den Orten Trennfurt und Wörth bis zum 1. Oktober 1848, d. h. bis zur allgemeinen Aufhebung der standes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit in Bayern, zu einem fürstl. Löwenstein'schen Herrschaftsgericht verbunden war, gilt das oben erwähnte Erbach'sche Landrecht von 1520 nebst einigen während der hessischen Landeshoheit erlassenen Verordnungen über Civilrechtsmaterien. 1) Verordnung vom 13. Februar 1812 „die Aufhebung der

---

[1]) Reichartshausen war bis 1802 im ungetheilten Condominate zwischen der Familie v. Reibelt und Kurmainz, welches seinen Antheil 1786 durch Tausch von Löwenstein-Wertheim erworben, und mit dem Amte Amorbach vereinigt hatte. Der v. Reibelt'sche Antheil gehörte zum fränkischen Ritterorte Odenwald.

[2]) Der zwischen Baden und Hessen abgeschlossene Staatsvertrag ist vom 8. September 1810. Das hessische Besitzergreifungspatent der von Baden cedirten Orte ist vom 13. November 1810 datirt. — Winkopp, rheinischer Bund, Bd. 17 S. 302. Grcßh. hess. Zeitung vom 17. Nov. 1810 Nr. 138.

[3]) Andere fürstl. Leiningen'sche Verordnungen waren: a) Verordnung vom 3. November 1803, wonach kein Schild- oder Heckenwirth für Zechschulden mehr als 3 fl. und auf länger als 6 Monate borgen durfte; b) das Organisationspatent vom 1. Dezember 1804; c) die provisorische Sportelordnung vom 30. Oktober 1805.

[4]) Kleinheubach war früher eine Eingehörung des Erbach'schen Amtes Wildenstein, ging am 22. Mai 1721 durch Kauf an Löwenstein-Wertheim über. Die Orte Trennfurt und Wörth waren bis 1802 Bestandtheile der mainz'schen Amtsvogtei Klingenberg, Oberamts Miltenberg, wurden durch § 14 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 als Entschädigung an Löwenstein-Wertheim zugetheilt, und daraus das Amt Wörth gebildet. Mit Kleinheubach gingen beide Orte 1816 an Bayern über, nachdem das Amt Wörth 1811 mit dem Amte Kleinheubach einverleibt war.

In Gemäßheit der Rheinbundakte vom 12. Juli 1806 Art. 24 und 25 fielen alle Souverainitätsrechte über die Herrschaft Heubach an den Großherzog von Hessen, jene über Wörth und Trennfurt an Baden, und durch Vertrag vom 26. September 1806 jene über Laudenbach ebenfalls an Hessen. Zufolge Vertrag vom 5. Oktober 1806 wurden Kleinheubach und Laudenbach an Baden, und Trennfurt und Wörth an Hessen vertauscht. Am 8. September 1810 wurden Heubach und Laudenbach wieder an Hessen abgetreten.

Währschaften bei Kauf= und Tauschkontrakten über Immobilien"; 2) Verordnung vom 25. März 1812 „die Form der Verzichtleistung der Eheweiber auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten"; 3) die Verordnung vom 15. Mai 1812 „die Aufhebung des Retrakts, Näher= oder Abtrieb=rechtes"; 4) die Verordnung vom 21. April 1815 „die Ausübung des Fruchtzehntrechtes", welche ohnedieß durch das Gesetz vom 4. Juni 1848 über die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten keine praktische Bedeutung mehr hat.

Aus der fürstl. Löwenstein'schen Periode sind gültig: 1) die Verordnung vom 23. August 1790 über die gerichtliche Protokollirung der Verträge zwischen Juden und Christen (jetzt aufgehoben durch Gesetz vom 29. Juni 1851); 2) die Verordnung vom 24. März 1798 über Satisfaktions= und Alimentationsgelder in unehlichen Schwängerungs=fällen; 3) die Verordnung vom 4. Juni 1803 „das leichtsinnige Zechen, Borgen und Trinkschulden" betreffend; 4) die Verordnung vom 14. November 1804 „die ungetheilt belassenen Obstbäume bei Güter=theilungen" betreffend.

Die beiden letztgenannten Verordnungen sind wenig in Uebung gewesen.

In den beiden Gemeinden Trennfurt und Wörth haben von diesen Verordnungen nur jene Anwendung, welche während der fürstl. Löwen=stein'schen Landeshoheit vom 26. November 1802 bis 21. Oktober 1806 erlassen wurden [1]).

Im Orte Hambrunn, welches bis 1802 zu dem fürstl. Würz=burg'schen Amte Rippberg gehörte, galt früher das fränkische Landrecht, kommt aber nicht mehr zur Anwendung.

In den vormals hessischen Aemtern Alzenau, Amorbach und Miltenberg sind nur bezüglich der Gültigkeit der Civilgesetze folgende Zeitabschnitte auszuscheiden:

I. Bis zum 1. Dezember 1802, d. h. bis zur Auflösung des Kurstaates, galten: 1) zu Kleinheubach das Erbacher Landrecht mit den seit 1721 ergangenen fürstl. Löwenstein=Wertheim'schen Verordnungen und hülfsweise das gemeine Recht; 2) zu Hambrunn das Würzburger Landrecht; 3) in allen übrigen, auch in den nicht unter kurmainzischer Hoheit gestandenen Orten das M. L. R.

II. Bis zum September 1802 trat 1) in Geiselbach, Hofstetten und Omersbach, Kleinheubach, Laudenbach, Umpfenbach und im reichs=ritterschaftlichen Antheile von Reichartshausen eine Veränderung nicht ein, dagegen erhielten nun vor Allem Geltung 2) in den Eingehörungen des bisher Mainz'schen Amtes Alzenau die seit 1. Dezember 1802 bis 1806 ergangenen hessischen, 3) in Trennfurt und Wörth die in derselben Zeit ergangenen fürstl. Löwenstein=Wertheim'schen, und 4) in den Aemtern Amorbach und Miltenberg die in dieser Zeit erlassenen fürstl. leiningen=schen Verordnungen.

III. Vom Oktober 1806 bis 17. Juli 1816 kamen: 1) in dem Amte Alzenau vor Allem auch die weiter ergangenen großh. hessischen

---

[1]) In jenen Orten, welche unter badischer Hoheit standen, galt vom 1. Januar 1810 bis 1. Januar 1811 in Gemäßheit der badischen Edikte vom 3. Februar, 22. Juni und 22. Dezember 1809 der Code Napoleon mit Zusätzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden.

Verordnungen, und 2) in den Orten Geiselbach, Hofstetten, Omersbach, Trennfurt und Wörth nun vor Allem die seit Oktober 1806 ergangenen hessischen Verordnungen zur Geltung; 3) in allen übrigen Bestandtheilen der großh. hessischen Aemter aber wechselten die materiellen Civilgesetze noch in folgender Weise: a) vom Oktober 1806 bis 1. Januar 1810 erhielten die in diesem Zeitraume erlassenen badischen Verordnungen vor den schon bestehenden Gesetzen Geltung; b) vom 1. Januar 1810 bis 1. Januar 1811 galt das badische Landrecht mit Aufhebung und Ausschluß der bisherigen Civilgesetze; c) vom 2. Januar 1811 bis 17. Juli 1816 erhielten die bis zum Oktober 1806 geltenden Gesetze, insoweit sie nicht durch einzelne in dieser Periode erlassene hessische Verordnungen abgeändert wurden, wieder ihre Geltung, da, nachdem diese Gebietstheile am 21. November 1810 in den Besitz des Großherzogs von Hessen übergegangen waren, durch hessische Verordnung vom 2. Januar und vom 17. Juni 1811 die ganze badische Civilgesetzgebung wieder aufgehoben, und die vorher bestandene Mainzisch-Leiningen'sche Legislation und Civilverfassung wieder hergestellt wurde.

IV. Bei dem Uebergange an Bayern — 17. Juli 1816 — bestanden also in den früher hessischen Aemtern folgende Civilgesetze: 1) im Amte Alzenau primär die vom 1. Dezember 1802 bis dahin erlassenen hessischen Verordnungen und das M. L. R. mit den bis 1. Dezember 1802 erlassenen Mainzer Verordnungen, und hülfsweise das gemeine Recht; 2) in Geiselbach, Hofstetten und Omersbach primär die zwischen Oktober 1806 und 17. Juli 1816 ergangenen hessischen Verordnungen, und das M. L. R. mit den bis zum Oktober 1806 ergangenen kurmainz'schen und kurerzkanzler'schen Verordnungen und hülfsweise das gemeine Recht; 3) in Trennfurt und Wörth primär die seit Oktober 1806 ergangenen hessischen Verordnungen, dann die zwischen dem 1. Dezember 1802 und Oktober 1806 ergangenen Löwenstein-Wertheim'schen Verordnungen, endlich das M. L. R. mit den bis 1. Dezember 1802 erlassenen Mainz'schen Verordnungen, und hülfsweise das gemeine Recht; 4) in Kleinheubach die zwischen dem 21. November 1810 und 17. Juli 1816 erlassenen hessischen Verordnungen, dann die seit 1721 bis Oktober 1806 erlassenen Löwenstein-Wertheim'schen Verordnungen, endlich das Erbacher Landrecht, wie es sich bis 1721 ausgebildet hatte, und hülfsweise das gemeine Recht; 5) in Laudenbach, Umpfenbach und dem reichsritterschaftlichen Antheile von Reichartshausen primär: die zwischen dem 21. November 1810 und 17. Juli 1816 erlassenen hessischen Verordnungen, dann das M. L. R. mit den darauf bezüglichen bis zum 1. Dezember 1802 ergangenen Mainz'schen Verordnungen und hülfsweise das gemeine Recht; 6) in Hambrunn primär die zwischen dem 21. November 1810 und 17. Juli 1816 ergangenen hessischen Verordnungen, dann die zwischen dem 1. Dezember 1802 bis Oktober 1806 ergangenen Leiningen'schen Verordnungen, endlich das Würzburger Landrecht (welches aber längst nicht mehr angewendet wird), und hülfsweise das gemeine Recht; 7) in allen übrigen zu den Aemtern Amorbach und Miltenberg gehörigen Orten primär die zwischen dem 21. November 1810 bis 17. Juli 1816 ergangenen hessischen Verordnungen, dann die zwischen dem 1. Dezember 1802 bis 1806 ergangenen Leiningen'schen Verordnungen, endlich das M. L. R. mit den bis 1. Dezember 1802 ergangenen Mainz'schen Verordnungen, und hülfsweise das gemeine Recht. In dieser Weise ist die Civilgesetzgebung auch heute noch gültig.

§ VIII.

II. Geschichte der zum kgl. Bezirksgerichte Lohr gehörigen Gerichte mit Mainzer Landrecht.

1) Das Landgericht Lohr umfaßt 12 Gemeinden: Frammersbach, Langenprozelten, Lohr, Neuendorf, Partenstein, Rechtenbach, Rodenbach, Ruppertshütten, Sackenbach, Sendelbach, Wiesen und Wombach mit 11,816 Einwohnern.

Bei der Einverleibung des Fürstenthumes Aschaffenburg mit der Krone Bayern 1814 bestand das Landgericht Lohr aus den Orten: Lohr, Rineck, Langenprozelten, Neuendorf, Nantenbach, Sackenbach, Wombach, Rodenbach, Rechtenbach und Schaibach, nebst dem Weiler Hohenroth und den Einöden Dörrhof und Zollberg. Nach Auflösung des Landgerichtes Frammersbach wurden dessen Orte: Frammersbach mit dem Weiler Fockenruh, dann Partenstein, Ruppertshütten und Wiesen an Lohr zugetheilt. Unterm 30. Juni 1828, 8. und 14. Januar 1829 kamen Dörrhof, Rineck, Schaippach, Hohenroth und Zollberg an das Landgericht Gemünden. In sämmtlichen Orten (nur in Sendelbach auf dem linken Mainufer gilt Würzburger Recht) ist das M. L. R. eingeführt mit den dazu gehörigen Verordnungen nebst der Lohrer Viehmarkt-Ordnung vom 16. November 1804. vid. Erkenntniß des k. A. G. vom 30. September 1837 Nr. 5032. Auch hier galt vom 1. Januar 1811 bis 1. Februar 1814 der für das ganze Großherzogthum Frankfurt eingeführte Code Napoleon.

2) Das Landgericht Orb mit den 13 Gemeinden: Alsberg, Aufenau, Aura, Burgjoß, Höchst, Kassel, Lettgenbrunn, Mernes, Neudorf, Oberndorf, Orb, Pfaffenhausen und Wirtheim, hat eine Seelenzahl von 9637 Einwohnern. Die Orte Höchst, Kassel mit Niederhof, Lettgenbrunn mit Villbach, Orb mit Altenburg und Friedrichsthal, dann Wirtheim bildeten bis zur Auflösung des Kurstaates Mainz 1802 die Amtsvogtei Orb, Oberamts Orb, verblieben dann in demselben Gerichtsverband ein Bestandtheil des Fürstenthumes Aschaffenburg, und gingen mit diesem am 26. Juni 1814 an Bayern über. Aufenau, Neudorf und Kinzighausen bildeten bis zu ihrer Vereinigung mit Orb das Amt Aufenau, eine früher reichsritterschaftliche incorporirte Besitzung der Frhrl. v. Forstmeister'schen Familie, von welcher sie am 18. November 1780 an Mainz verkauft wurde. Bis 1802 bildeten diese Orte ein kurmainz'sches Amt, welches ein Bestandtheil des Fürstenthumes Aschaffenburg blieb, im Jahre 1812 mit dem Justizamte Orb vereinigt wurde, und 1814 ebenfalls an Bayern überging.

Die Höfe Hausen und der Hof in dem kurhessischen Orte Marborn endlich waren bis 1. Januar 1815 Eingehörungen des Amtes Burgjoß. Das Ort Marborn mit Ausnahme des Hofes gehörte früher zu dem Fulda'schen Amte Uerzel, wurde mit diesem unter der Regierung des Erbprinzen von Oranien mit dem Fulda'schen Oberamte Salmünster vereinigt, und bildete unter großh. Frankfurter Regierung einen Theil der Distriktsmairie und des Justizamtes Salmünster.

Am 14. August 1827 wurde Orb die bisher mit dem Amte Aura verbundene Gemeinde Alsberg einverleibt, und am 30. Juni 1828, bei Auflösung des Amtes Aura, wurden mit Orb weiter vereinigt:

Aura, Burgjoß mit Deutelbach, Mernes, Mittelsinn, Oberndorf, Obersinn, und Pfaffenhausen. (Regier.-Bl. v. 1829 S. 23.)

Das seit 1. Januar 1815 bestandene Landgericht Aura war am 10. Oktober 1814 aus einigen Orten des bisherigen Amtes Rineck, hauptsächlich aber aus den Bestandtheilen der Aemter Burgjoß und Aura gebildet worden, und zwar hatten 1) zu Burgjoß nebst den Höfen Hausen und Marborn, dann der Gemeinde Alsberg, die am 30. Juni 1828 mit Orb vereinigten Orte: Burgjoß mit Deutelbach, Mernes, Oberndorf und Pfaffenhausen gehört. Diese sämmtlichen Orte bildeten bis 1802 die kurmainz'sche Amtsvogtei Burgjoß, Oberamts Orb, blieben dann in diesem Gerichtsverbande ein Bestandtheil des Fürstenthumes Aschaffenburg, mit welchem sie 1814 an Bayern übergingen, und am 1. Januar 1815 mit den wenigen erwähnten Ausnahmen dem neu errichteten Landgerichte Aura einverleibt wurden. 2) Das Amt Aura mit den Orten Aura, Mittelsinn und Obersinn gehörte bis 1802 zum Fürstenthume Würzburg. Diese drei Orte waren jedoch in verschiedener Weise zwischen Würzburg, dem Juliushospitale zu Würzburg und dem Landgrafen von Hessen-Kassel getheilt und gemeinschaftlich, und auch im reichsritterschaftlichen Verbande. Gemeinschaftlich und Condominat waren hauptsächlich die gesammte Centgerichtsbarkeit, der sog. Vierherrenwald mit der Ruggerichtsbarkeit über die in diesem Walde verübten Frevel, das Cent- oder Amthaus in Mittelsinn und noch einige andere Realitäten.

In sonstigen Beziehungen waren die Unterthanen in den drei Orten nach den Feuerstätten abgetheilt. Es übte jeder Condominatsherr über seine Unterthanen ausschließend die bürgerliche Gerichtsbarkeit, die polizeiliche Strafgerichtsbarkeit, das Besteuerungsrecht und sonstige Hoheitsrechte aus, und es besaß der Landgraf von Hessen-Kassel in diesen Beziehungen nur in den Orten Obersinn und Mittelsinn ihm gehörige Unterthanen.

Durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 § 25 Abs. 2 wurde dann das Würzburg'sche Amt Aura dem Kurerzkanzler zu seiner Ausstattung zugewiesen und es ging an denselben mit jenen Gerechtsamen über, wie es zum Fürstenthume Würzburg gehört hatte. Erst durch Vertrag vom 19. August 1808 wurde von Seite des Großherzogs von Würzburg auf die Hoheitsansprüche über den Antheil des Juliusspitals zu Würzburg an den Orten Aura, Ober- und Mittelsinn zu Gunsten des Fürsten Primas verzichtet.

Das Amt Aura blieb nun mit Aschaffenburg verbunden, und nachdem 1810 auch das Fürstenthum Hanau dem Großherzog von Frankfurt zugefallen war, wurde nur der Ort Aura in Beziehung auf alle Hoheitsrechte dem Departement Aschaffenburg einverleibt, während die Unterthanen in Ober- und Mittelsinn insbesondere bezüglich der Civiljurisdiction zwischen dem Departement Aschaffenburg und Hanau getheilt blieben; das Amt Aura, wie es zum Departement Aschaffenburg gehört hatte, ging dann am 26. Juni 1814 an Bayern über und bildete vom 1. Januar 1815 bis zum 30. Juni 1828 einen Theil des Landgerichtes III. Klasse Aura.

In den Orten Ober- und Mittelsinn bestanden nunmehr zwischen Bayern und Kurhessen wieder die vor 1802 gültigen Condominatsverhältnisse, welche nach langen Verhandlungen durch Staatsvertrag zwischen Bayern und Kurhessen vom 26. und 28. November 1863

(Ges.=Bl. 1863 S. 10—14) dahin beendiget wurden, daß die Gemeinden Mittel= und Obersinn unter die ausschließliche Landeshoheit Bayerns gelangten, die bayerische Gemeinde Zündersbach dagegen an Kurhessen abgetreten wurde.

In dem ganzen Bezirke Orb galt vom 1. Januar 1811 bis 1. Februar 1814 der Code Napoleon, jedoch für Rechtsinstitute, worüber dieses Gesetzbuch nichts bestimmte, die bis 1. Januar 1811 gültigen Rechte. Vorher aber galten, und seit 1. Februar 1814 gelten wieder folgende Civilgesetze: 1) in den vormaligen Eingehörungen der kurmainzer Amtsvogteien Orb und Burgjoß das M. L. R.; 2) in den vormaligen Eingehörungen des kurmainzer Amtes Aufenau (Aufenau und Neudorf) das Solms'sche Landrecht, und nach dessen Einverleibung in den Kurstaat Mainz die von diesem erlassenen Verordnungen; 3) in den Eingehörungen des Amtes Aura das Würzburger Landrecht und die seit 1803 für das Fürstenthum Aschaffenburg erlassenen und bis zur Einführung des Code Napoleon gültigen Verordnungen.

Nach dieser Darstellung besteht das M. L. R. in den kgl. bayrischen Theilen des ehemaligen Kurstaates Mainz noch in 12 Gerichtsbezirken mit einer Bevölkerung von circa 140,000 Seelen, und in dem Bezirke der Aemter des vormaligen Fürstenthumes Aschaffenburg, wozu gehörten: 1) das Vicedomamt (Oberamt) Aschaffenburg mit der kurfürstlichen Residenzstadt Aschaffenburg und den Amtsvogteien: Schweinheim, Kleinwallstadt, Obernburg und Großostheim, Kaltenberg und Rothenbuch; 2) das Oberamt Orb und Lohr mit den Stadt= und Amtsvogteien: Orb, Burgjoß, Lohr und Frammersbach; 3) die zum Oberamte Miltenberg gehörigen Amtsvogteien: Klingenberg (auf der rechten Seite des Maines [1]) und Prozelten; 4) das Amt Aufenau; 5) seit 1802 das bis dahin fürstl. Würzburg'sche Amt Aura im Sinngrunde. Durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 § 25 wurde der Stuhl zu Mainz, mit der Würde eines Kurfürsten verbunden, auf die Domkirche zu Regensburg übertragen und dessen weltliche Ausstattung auf die Fürstenthümer Aschaffenburg und Regensburg begründet. Hiemit wurde die Reichsstadt Wetzlar als Grafschaft verbunden.

§ IX.

III. Erwerbungen der übrigen Länder vom Kurstaate Mainz.

I. Das Großherzogthum Hessen erwarb durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 auf der rechten Rheinseite:

1) Das Oberamt Starkenburg mit den Amtsvogteien oder Unterämtern: a) Heppenheim mit den Orten: Heppenheim, Erbach, Kirschhausen, Oberhambach, Unterhambach, Sonderbach, Walderlenbach; b) Bensheim mit den Orten: Bensheim, Fehlheim, Kleinfehrheim, Borheimerhof, Rheinzollhaus; c) Lorsch mit den Orten: Lorsch, Biblis, Burstadt, Kleinhausen, Birnheim; d) Fürth mit den

[1]) Die Orte Wörth und Trennfurt auf der linken Mainseite fielen nach § 14 des Reichsdeputationshauptschlusses an die Fürsten von Löwenstein=Wertheim.

Orten: Fürth, Brambach, Fahrenbach, Hiltersklingen, Kolmbach, Kerkelbach, Lorzenbach, Steinbach, Woschnitz, Mörlenbach, Großbreidenbach, Kleinbreidenbach, Oberliebersbach, Niederliebersbach, Mackenheim, Mumbach, Schnorrenbach, Weyher, Oberabtsteinach, Unterabtsteinach, Flockenbach, Gorxheim, Kurzenbach, Loerbach, Trösel, Hartenrod, Aschbach, Dörrelmbach, Gondern, Köchersbach, Lizelbach.

2) Das Amt Gernsheim mit Gernsheim, Rodau, Wattenheim.

3) Das Oberamt Steinheim, a) mit der Amtsvogtei Steinheim und den Orten: Obersteinheim, Niedersteinheim, Bieber, Dietesheim, Hainstadt, Großauheim (seit 29. Juni 1816 kurhessisch), Kleinauheim, Lämmerspiel, Mühlheim; b) Amtsvogtei Dieburg mit Dieburg, Eppertshausen, Kleinzimmern, Niederrode, Oberrode; c) Amtsvogtei Seligenstadt mit Seligenstadt, Froschhausen, Leinhausen, Jügesheim, Kleinwelzheim, Kleinkrotzenburg, Mainflingen, Ramtbrücken, Weiskirchen, Zollhausen; d) Amtsvogtei Alzenau mit: Alzenau, Albstadt, Großwelzheim, Hemsbach, Hörstein, Kahl, Kälberau, Michelbach, Wasserlos (am 30. Juni 1816 an Bayern abgetreten); e) Amtsvogtei Großkrotzenburg mit: Großkrotzenburg und Oberrodenbach (seit 29. Juni 1816 kurhessisch); f) Amtsverwalterei der Abtei Seligenstadt mit Geiselbach, Hofstetten, Omersbach.

4) Amt Hirschhorn mit: Hirschhorn, Igelsbach, Heimbrunn, Unterschönmattenwag, Eschelbach (letzteres am 14. März 1803 an Baden abgetreten).

5) Oberamt Königstein mit Vilbel und dem Amte Rockenberg, nebst dessen Orten: Rockenberg, Marienschloß, Niedermörle, Obermörle, Oberwöllstadt, Oppershofen, Wisselsheim.

6) Das ehemals Mainzische Amt Kastel war durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 an Nassau-Usingen gekommen, und letzteres trat Kastel und Kostheim durch Staatsvertrag vom 12. März 1806 an Frankreich ab. Im Jahre 1816 kamen dieselben als zur Provinz Rheinhessen geschlagen an Hessen [1]).

§ X.

II. Das Herzogthum Nassau erwarb durch § 12 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Februar 1803 folgende Mainz'sche Besitzungen: 1) das Amt Königstein, bestehend aus den Orten: Königstein, Neuenhain, Schwalbach, Schönberg, Glashütten, Oberhöchstadt, Altenhain, Schneidhain, Mammelshain; 2) das Amt Höchst mit den Orten: Höchst, Sosenheim, Nied, Griesheim, Sindlingen, Weilbach, Wicker; 3) das Amt Kronberg [2]) mit den Orten: Kronberg, Niederhöchstadt, Eschborn; 4) das Amt Hofheim mit den Orten: Hofheim, Marxheim, Kriftel, Hattersheim, Zeilsheim, Münster; 5) das Amt Eppstein mit Eppstein, Bockenhausen, Bremthal, Niederjosbach, Oberjosbach, Ehlhalten, Schloßborn, Eppenhain, Ruppertshain, Fischbach,

---

[1]) Durch kaiserliches Dekret vom 25. Januar 1807 wurde bestimmt, daß die kaiserlich französischen Gesetze vom 1. Januar 1807 an in Kastel und Kostheim herrschen sollten.

[2]) Zu dem Amte Kronberg wurden 1804 geschlagen: Falkenstein, Altenhain, Neuenhain, Schneidhain, Soden und Sulzbach.

Hornau, Kelkheim; 6) Amt Oberursel und Haarheim mit Oberursel, Bommersheim, Stierstadt, Weißkirchen, Kahlbach, Haarheim, Kördorf (Kördorf wurde 1804 gegen Espa an Homburg vertauscht). 7) Amt Heddernheim mit Heddernheim; 8) Amt Hochheim mit Hochheim, Flörsheim, Eddersheim; 9) Amt Rüdesheim mit Rüdesheim, Winkel, Johannisberg, Stephanshausen, Geisenheim, Eibingen, Aulhausen, Asmannshausen, Lorch, Lorchhausen, Raasel, Wollmerschied, Espenschied, Presberg; 10) Amt Oberlahnstein, bestehend aus Oberlahnstein; 11) Amt Eltville mit Eltville, Erbach, Frauenstein, Hallgarten, Hattenheim, Kidrich, Mittelheim, Neudorf, Niedergladbach, Nieder-Walluf, Obergladbach, Ober-Walluf, Oestrich, Rauenthal; 12) Amt Kastel mit Kastel und Kostheim.

§ XI.

III. Preußen erwarb Parzellen des Kurfürstenthums Mainz, welche dem Regierungsbezirk Koblenz einverleibt sind [1]).

Als Parcellen von Mainz gehören hierher der Kreis St. Goar, Ober- und Niederheimbach und Trechtingshausen. (v. d. Nahmer a. a. O. S. 662.)

§ XII.

IV. Bestandtheile und Gerichtsverfassung des Kurfürstenthums Mainz [2]).

Das Kurfürstenthum Mainz theilte sich 1) in das untere, 2) in das obere Erzstift, 3) in die hessischen (in Kurhessen gelegenen) Aemter, 4) in den Bezirk Erfurt, 5) in das Eichsfeld, 6) in die Graf- und Herrschaften Gleichen, Blankenheim, Kranichfeld und Thüringen.

Diese Besitzungen waren abgetheilt in Vicedomämter, in Oberämter oder in Aemter. Der Vicedomämter waren drei, und zwar in den drei kurfürstlichen Residenzen: Mainz, Aschaffenburg und im Rheingau zu Eltville. Weil die Kurfürsten (domini) dort zu wohnen pflegten, so hießen ihre Vertreter Vicedomini, Vitzthume. Die Vicedomämter und Oberämter unterschieden sich von den Aemtern nur darin, daß erstere Stellen dem Adel vorbehalten und bald blose Sinecuren wurden, so daß andere Angestellte die Geschäfte besorgten. Die Aemter waren entweder unmittelbare (landesherrliche) oder mittelbare (domkapitel'sche oder andere), wenn nämlich das Domkapitel, oder ein Stift, oder ein Adeliger die Patrimonial-Jurisdiktion und andere Rechte, der Kurfürst nur die Landeshoheit hatte.

I. Das untere Erzstift Mainz. Dieses zerfiel: 1) in das Vicedomamt Mainz: Stadt; 2) in das Vicedomamt außer der Stadt mit den Amtsvogteien: Kastel, Niederolm, Weisenau; 3) in das Vicedomamt Rheingau mit den Amtskellereien Eltville und Rüdesheim;

---

1) v. d. Nahmer a. a. O. Bd. III. S. 601. — „Der Regierungsbezirk Coblenz enthält: I. Reichsständische Besitzungen, Parzellen der Kurfürstenthümer: Mainz, Trier, Cölln, Hessen, und Pfalz, des Herzogthums Aremberg ꝛc.

2) v. d. Nahmer, „Entwicklung der Territorial- und Verfassungsverhältnisse der deutschen Staaten an beiden Ufern des Rheines.“ S. 397—428.

4) in das Oberamt Höchst und Königstein mit den Amtsvogteien Höchst, Hofheim, Königstein, Eppstein, Oberursel, Bilbel und Rockenberg; 5) in das Oberamt Starkenburg mit den Amtsvogteien Bensheim, Lorsch, Fürth; 6) in das Amt Algesheim; 7) in das Amt Gernsheim; 8) in das Amt Hirschhorn; 9) in das Amt Kronberg; 10) in das Amt Neubamberg; 11) in das Amt Lahnstein. Zum unteren Erzstifte gehörten ferner die mittelbaren Aemter: Bingen, Mombach, Hochheim, Finten, Gonsenheim, Obersheim und Heddernheim, ferner Gauböckelheim, Bodenheim, Bretzenheim und Zahlbach, Sarmsheim, Lörzweil und Sorgenloch, Harxheim und Gaulsheim.

II. Zum oberen Erzstift Mainz gehörten: 1) Vicedomamt Aschaffenburg mit: a) Stadtamt Aschaffenburg nebst Damm, b) Amtsvogtei Schweinheim, c) Amtsvogtei Kleinwallstadt, d) Amtsvogtei Obernburg; e) Amtsvogtei Kaltenberg; f) Amtsvogtei Rothenbuch; 2) Oberamt Amorbach mit den Amtsvogteien: Amorbach, Buchen, Mudau, Burken, Walldürn; 3) Oberamt Bischofsheim; 4) Oberamt Krautheim, 5) Oberamt Miltenberg; 6) Oberamt Orb und Lohr; 7) Oberamt Steinheim mit den Amtsvogteien: Steinheim, Dieburg, Seligenstadt, Alzenau, Schöpf; 8) mittelbare Aemter: Sommerau und Himmelthal.

III. Hessische Aemter waren: a) Oberamt Amöneburg; b) Amt Fritzlar.

IV. Zum Erfurter Staat gehörten: Das Stadtamt Erfurt und die Aemter: Tondorf, Mühlberg, Stippach, Groß-Bönnerode, Vargula, Azmannsdorf, Gispersleben, Allach, Isseroda, Ham.

V. Zum Eichsfeld gehörten die Graf- und Herrschaften: Gleichen, Blankenstein und Kranichfeld in Thüringen, bestehend aus den Aemtern Blankenstein, Windersleben und Kranichfeld.

Für die nichtschriftsässigen Personen wurde die Justiz zu Mainz in erster Instanz durch das Stadtgericht, in den übrigen Orten durch das betreffende Vogteiamt oder Amt ausgeübt. Ein Senat der Regierung (Regierungs-Justizsenat) war erste Instanz für die schriftsässigen Staatsdiener. In der letzten Zeit bestanden in vielen Orten statt der Aemter Oberämter, die aus einem Beamten, welcher die Justiz in erster Instanz besorgte, und einigen Assessoren formirt waren, die meistens die Cammeralgeschäfte leiteten. In den Aemtern des Rheingaues hatten die Beamten Justiz und Polizei in erster Instanz.

Bis zu einem Betrage des Streitgegenstandes von 5 fl. konnten die Schultheißen erkennen, von diesen wurde an die Aemter appellirt. Der Vorstand eines Mainzer Amtes hieß Amtskeller (dapifer). Im Jahre 1772 wurde das Kellereiwesen im Kurfürstenthum Mainz organisirt — wo Oberämter waren, wurde der Keller ihnen untergeordnet, so daß diese die erste, die Oberämter die zweite Instanz bildeten. Außerdem waren erste Instanz das Stadtgericht resp. der Regierungsjustizsenat, die Aemter und Oberämter, zweite Instanz das Hofgericht, und dritte Instanz das Revisionsgericht. Jede Gemeinde hatte einen Schultheißen (den das Amt der Regierung nach Anhörung der Gemeinde vorschlug), Gerichtsmänner, einen Gerichtsschreiber, Bürgermeister, Gemeinderechner. Bürgermeister und Gerichtsschreiber wurden von den Gerichtsmännern erwählt. Der Schultheiß hatte in Civilsachen eine geringe Competenz, er bestrafte die Feld- und Forstfrevel. In größeren Orten waren Oberschultheißen, welche studiert haben mußten, den Vorsitz im Gerichte hatten,

während der sog. Almenden-Schultheiß die Gemeindeverwaltung und Polizei besorgte. Die freiwillige Gerichtsbarkeit wurde theils durch die Vogteiämter, theils durch die Notarien besorgt. Die Hypotheken errichtete und das Hypothekenbuch führte das Ortsgericht, Schultheiß und Schöffen, und das Amt bestätigte sie.

Das Eichsfeld hatte eine eigenthümliche Verfassung.

§ XIII.

Quellen der nachfolgenden Bearbeitung des Mainzer Landrechtes.

I. Gesetze: a) die Untergerichtsordnung des Erzstiftes Mainz von 1533 fol. XXI. von den Vormündern und Curatoren und fol. XXIV. von der Einkindschaft; b) das M. L. R. von 1755 mit dem Promulgationsgesetze, Folioausgabe, gedruckt zu Mainz durch Joh. Bernh. Ockel; c) die bei den Angaben über Statistik oben bereits angeführten Verordnungen.

II. Literatur: Eine Bearbeitung hat das M. L. R. nie erfahren. Nachrichten geschichtlichen Inhaltes finden sich darüber: a) in von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Partikularrechtes S. 67. Frankfurt 1831; b) Bodmann, Rheingauische Alterthümer. Mainz 1819. Thl. I. S. 504—505; c) Siebenkees, Beiträge zum deutschen Recht. Nürnberg 1786. Nr. II. S. 41—74; d) Müller, die sieben letzten Kurfürsten von Mainz und ihre Zeit. Mainz 1846. S. 293—320. Außerdem existiren einige Dissertationen über einzelne Materien des M. L. R.: a) Joh. Fried. Wüstefeld, de effectu communionis bonorum conjugalium soluto matrimonio, praesertim secundum statuta Moguntina. 1770. Mogunt. apud heredes Häffner; b) Georg. Seiler, selectae quaedam quaestionum juris controversarum decissiones ex praxi Moguntina haustae. 1788. Mogunt. apud heredes Haeffner; c) Ant. Franc. Izstein, diss. de Moguntina statutaria conjugum successione mutua. 1786. Mogunt. apud heredes Häffner; d) Franc. Ernst. diss. de communione acquestuum inter conjuges ex statuto civitatis Moguntinae receptae. 1733; e) V. Fr. Molitor, selectae quaedam quaestionum controversarum decissiones ex praxi Moguntina haustae. 1786. Mogunt. apud heredes Häffner.

Als wissenschaftliche Bearbeitung mit Berücksichtigung des M. L. R. ist anzuführen: K. Schmitthenner, Deutsches Güterrecht der Ehegatten in besonderer Anwendung auf den kgl. preuß. ostrheinischen Bezirk. Neuwied bei Lichtfers 1842; Beseler, Geschichte des deutschen Rechtes Bd. I. Rechtsquellen von Stobbe, 1860; Wilh. von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Partikularrechtes. Frankfurt 1831. Bd. I—III; Sandhaas, Das fränkische Güterrecht. Gießen 1866.

III. Zur Vergleichung mit dem M. L. R. wurden hauptsächlich benutzt: a) die Frankfurter Reformation von 1611 mit den Anmerkungen von Orth 1741 ff.; b) das würtemberg'sche Landrecht von 1567 mit dem Commentar, „Handbuch von Dr. Jak. Friedr. v. Weißhaar, Cotta, Stuttgart 1833"; c) die Reformation der Stadt Wetzlar von 1608; d) das Kurpfälzische Landrecht von 1582; e) die Solms'sche Landesordnung von 1571; f) das Katzenellenbog'sche Landrecht von 1779; g) das franzö-

sische Civilrecht, Code Napoleon, mit dem Lehrbuche von Zachariä, den Commentaren von Maleville, Marcade und Mourlon.

IV. Für das gemeine deutsche Recht wurden benutzt: a) Rechtslexikon von Dr. Julius Weiske; b) Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. 1846; c) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts. 1847; d) Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 1854; e) Maurenbrecher, Lehrbuch des heut. deutschen Privatrechts. 1840; f) Philipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 1846; g) Gerber, System des deutschen Privatrechts. 1850; h) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1847; i) W. Th. Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 1835; k) Scherer, Die verworrene Lehre von der ehlichen Gütergemeinschaft. 1799.

V. Als Darstellungen der Partikularrechte wurden benutzt: a) bayr. Civilrecht von v. d. Pfordten (Manuscript aus den Vorlesungen von 1839/40); b) Dr. Wilh. Rosenkranz, Handbuch über das Pflegschaftswesen in Bayern diesseits des Rheines. 1860. (Auch Beilagenheft zum VII. Bd. der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreiches Bayern); c) Bopp, Beiträge zum Verständniß der vier mittelrheinischen Landrechte. 1854—1857.

VI. Aus der Praxis wurden benutzt: a) die in der Registratur des k. Appellationsgerichtes zu Aschaffenburg vorhandenen Vorträge und Erkenntnisse des kurf. Mainz'schen Revisionsgerichtes [1]); b) die Referate und Erkenntnisse des kurf. Hofgerichtes und der Untergerichte, welche in einer eigenen Abtheilung der Registratur des k. Bezirksgerichtes Aschaffenburg verwahrt werden; c) Erkenntnisse des k. bayr. Oberappellationsgerichtes und des k. Appellationsgerichtes zu Aschaffenburg; d) Einschlagende Erkenntnisse und Abhandlungen aus den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, 1836 ff., und Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, München. 1847. ff.

[1]) Es sind etwa 4000 solcher Aktenfascikel vorhanden, welche sämmtlich von dem Verfasser durchgegangen und soweit sie Fragen des Landrechtes betreffen, benutzt und gesondert wurden.

Land-Recht.

Titulus I.

Vom Heurathsgut und Eheberedungen.

§ I.

Ohne Bewilligung nicht aufzuheben.

„Alle Eheberedungen, sie mögen etwas von künftiger „Erbfolge in sich enthalten oder nicht, sollen in ihrer völligen „Wirkung bleiben, und ohne beiderseitige Bewilligung nicht „aufgehoben, wiederruffen oder davon abgegangen werden „können."

I. Abschnitt.

Von den Eheberedungen.

§ 1.

Begriff der Eheverträge.

Eheberedung, Ehevertrag, Ehebrief, Ehepakt, Ehezärter (von dem altdeutschen Worte Zarta-charta, Brief), Hinlichs-, Brautlaufs-, Heuraths-Brief (Frankfurter alte Reformation fol. 27 § 1), bezeichnet die bei Gelegenheit einer Ehe errichteten Verträge und Urkunden zur Anordnung der persönlichen und Vermögens-Rechte der Gatten, und der aus dieser Ehe entsprossenen Kinder sowohl auf die Dauer der Ehe, als für die Zeit ihrer Beendigung.

Der Ehevertrag setzt also sowohl Rechte und Verbindlichkeiten der Gatten unter sich, als gegenüber den Kindern fest; alle diese Bestimmungen dürfen jedoch das Wesen der Ehe nicht abändern, weil sonst die Ehe aufhören würde, eine Ehe zu sein. Demgemäß sind daher alle Eheverträge nur Nebenverträge der Ehe selbst; sie erlangen sofort erst durch den Vollzug der Ehe Gültigkeit, indem dadurch erst die Contrahenten Eheleute im gesetzlichen Sinne werden [1]).

---

[1]) Auch im römischen Rechte sind die Eheverträge bekannt, beziehen sich aber nur auf die dos, domatio propter nuptias und das Paraphernalvermögen. — § 13 J.

Wesentlich umfassender als im römischen Rechte waren die in Deutschland schon in den ältesten Zeiten vorkommenden Eheverträge, indem sie namentlich die gegenseitige Erbfolge der Gatten zum Gegenstand haben konnten (Glück, Com. § 1244—1246), und in dieser Beziehung vor dem Eindringen des römischen Rechtes unwiderruflichen Erbverträgen vollkommen gleich bedeutend waren. Erst nach dieser Periode wurden solche Eheverträge nach den Grundsätzen der letzten Willensverordnungen beurtheilt, daher auch die Eintheilung in einfache oder unwiderrufliche Eheverträge in Form von Verträgen, oder gemischte und widerrufliche Eheverträge in Form eines letzten Willens (pacta dotalia simplicia et mixta), weil man annahm, daß Niemand seinem Rechte auf Abänderung seines letzten Willens gültig entsagen könne, und daher für letztwillige Bestimmungen in Eheverträgen auch die Testamentsform verlangte. Präcise Fassungen der Eheverträge, ob damit blos eine letztwillige Verfügung, oder ein Erbvertrag beabsichtigt werde, bleiben daher immerhin rathsam, wenngleich das M. L. R. in § 1 den Grundsatz ausspricht, daß alle in Eheverträgen getroffenen Verfügungen auf den Todesfall oder „künftige Erbschaft" als unwiderruflich, sohin als Erbverträge zu betrachten sind. Haben jedoch die Contrahenten in den Ehepakten ihre Absicht, ob sie unwiderruflich oder widerruflich disponiren wollen, nicht ausdrücklich erklärt, so streitet die rechtliche Vermuthung doch immer dafür, daß die Ehestiftung als eine einfache und unwiderrufliche sei errichtet worden, weil diese der Natur der Verträge mehr entspricht, von welcher die Eigenschaft der Widerruflichkeit offenbar abweicht, und als Ausnahme nie vermuthet werden kann. Diese Präsumtion wird also durch die angegebene Stelle des Landrechtes noch verstärkt. Daher können auch an und für sich weder die gebrauchten Ausdrücke: „erben, erblich zufallen, erblich haben, vermachen, mit den Kindern in gleiche Theile gehen, succediren, Erb- und Verlassenschaft auf den Todesfall ꝛc.", wie sie häufig in Eheverträgen und Testamenten vorkommen [2]), noch die Zuziehung von Zeugen in derselben Anzahl, wie sie zu Testamenten erfordert werden (da dieses auch bei Eheverträgen zu geschehen pflegt), noch die Beifügung der Codicillar-Clausel (weil diese nur bei unförmlichen fehlerhaften Testamenten von Wirkung sein kann), eine Vermuthung für widerrufliche oder gemischte Ehestiftungen begründen. (Glück, Com. Bd. XXV. S. 383.) Da indeß das Landrecht allen Eheberedungen volle Gültigkeit zusichert, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß sie auch bezüglich der Erbfolge als widerruflich dargestellt werden können, nur muß dieses in einer

---

(1. 10) § 2 J. (3. 1) l. 48 D. (24. 3) l. 65 D. (5. 1) l. 5. 10. 11 C. (5. 27) Nov. 74 cap. 4. § 1 und 2 — und werden daher pacta dotalia genannt. — Das römische Recht schließt in Eheverträgen Bestimmungen über die gegenseitige Erbfolge der Gatten als Universal-Succession aus, l. u. D. (36, 16) l. 5 C. (5. 14) l. 3 C. (6. 20), obgleich es die Bestimmung in Eheverträgen gestattet, daß dos und donatio propter nuptias dem überlebenden Gatten verbleiben sollen. l. 12 pr. l. 24. 26 pr. § 1 D. (23. 4) l. 6. 9. C. (5. 14). Außerdem sollten die Eheverträge nach römischem Rechte nichts dem Wesen der Ehe und den guten Sitten Widersprechendes enthalten, und waren durch blose Einwilligung der Contrahenten bindend l. 1 pr. D. (23. 4) l. 29 pr. D. (23. 3). In der dem M. L. R. zu Grunde liegenden Bedeutung ist die Lehre von den Eheverträgen nebst sämmtlichen damit zusammenhängenden Instituten des Heurathsgutes, der Morgengabe, Widerlage, des Witthumes und der Erbverträge eine wesentlich deutsche.

[1]) M. L. R. Tit. IX. § 2.

Form und Wortfassung geschehen, daß darüber ein Zweifel nicht aufzukommen vermag [1]).

Die Rechtsparömie „Willkühr bricht Stadtrecht", findet hierher insoweit Anwendung, als von dem subsidiären römischen Rechte nur diejenigen Rechtsgrundsätze auf das rein deutsche Institut der Ehe- resp. Erb-Verträge Anwendung finden können, welche sich mit dem Wesen der letzteren vertragen.

Abgesehen von der Gültigkeit und Wirkung der Ehe in religiöser Hinsicht ist die Ehe ein bürgerlicher Vertrag, dessen Zweck die Vermögensrechte der Gatten, und der aus dieser Ehe entsprossenen Kinder sowohl während dieser Ehe, als nach Auflösung derselben berührt.

Das M. L. R. beschäftigt sich, indem es den Vollzug der Ehe (Tit XIV. § 10) voraussetzt, nur mit ihren Folgen in Bezug auf die erwähnten Vermögensrechte, und erst durch die Verordnungen vom 23. Februar 1784 (wegen der Winkelverlöbnisse) und 2. Mai 1806 „Sponsalien betreffend" (Regier.-Bl. 1806 S. 175) sind die Bedingungen festgesetzt worden, unter welchen ein zum Zwecke der Ehe geschlossenes Verlöbniß in civilrechtlicher Beziehung als bindend erachtet werden soll, oder wieder gelöst werden kann. Diese Verordnungen berühren dadurch auch die Bedingungen, unter welchen eine zu jedem Vertrage nöthige Einwilligung als gegeben zu erachten ist, ob darauf Zwang oder Betrug eingewirkt haben, oder ob die Einwilligung Minderjähriger in gehöriger Weise ergänzt wurde. Mangelt es einer Eheberedung an diesen Erfordernissen, so ist der Vertrag zwar nicht absolut nichtig, allein er kann angefochten oder auch nachträglich genehmigt werden.

Die hierdurch vorgeschriebene gerichtliche Errichtung der Eheversprechen ist eine Abweichung vom römischen Rechte, welches zu deren Verbindlichkeit nur den einfachen Consens der Contrahenten erforderte.

Eheberedungen im weitesten Sinne begreifen sowohl das eigentliche Eheversprechen, d. h. die bindende Zusicherung zwischen Bräutigam und Braut, sich ehlichen zu wollen, als auch Verabredungen über die Güterverhältnisse während der Ehe, oder auf den Todesfall der Gatten.

In diesem weiten Umfange kommen Eheverbindungen heutzutage namentlich noch unter den Landleuten vor, und da sie auch häufig mit einer Gutsübergabe, resp. Verkäufen an die Brautleute verknüpft sind, so geschehen sie wohl meistens vor dem Beginne der Ehe, und dienen zugleich als das Symbol eines Ereignisses, durch welches nicht allein die

---

[1]) In einzelnen Partikularrechten wird die Ehestiftung als Vertrag aufrecht erhalten, wenn sie nur einen Theil des Vermögens, oder Bestimmungen über die dos und donatio propter nuptias enthält, bei Verfügungen über das ganze Vermögen gilt sie als donatio mortis causa, und erfordert zur Gültigkeit die Formen eines Testamentes, oder gerichtliche Insinuation. — Mittermaier, § 359 not. 9. — Runde, d. Pr. R. § 571 not. a. — Leyser medit. spec. 308. m. 3. — Selchow. element. § 306 (427) not. 2. — Glück, Bd. 25 S. 375. — Solmser L. R. pag. 207. Frankfurter Reform. III. 2 § 4 u. 5. — Sächsische L. O. II. 43. — Pfälzer L. R. pag. 322. Mit dem M. L. R. stimmen überein: Hanauer Ldbr. pag. 75. — Hessische L. O. II. 10. u. 11. — Nassauer L. O. pag. 78 u. 135. — C. C. Culmbac. II. P. I. pag. 203. 211. § 7. — Nürnberger Reform. Tit. XXVIII. § 2. — Würtemberger L. R. pag. 263. — Kölner R. O. II. 2. VIII. 1. — Wormser St. R. V. 1 pag. 121 a. — Badisches L. R. Tit. VI. t. V. princ. pag. 274. — Würzburger Ldg. O. t. 100. — Erfurter stat. succes. IV. 1. rc. rc.

angehenden Eheleute, sondern auch die beiden Familien des Bräutigams und der Braut in ein näheres Verwandtschafts- und Erb-Verhältniß gebracht werden, so daß die beiderseitigen Verwandten gewissermaßen dabei interessirt sein können; daher auch die im Bezirke des M. L. R. von Alters her herrschende Sitte (Erkenntniß des Vogteiamtes Amöneburg vom 19. Januar 1801, J. F. Fischer gegen Fischer), daß die beiderseitigen nächsten Verwandten der Brautleute, namentlich Eltern und Geschwister bei Errichtung von Eheverträgen auftreten, und daß man diesen Akt schon der Feierlichkeit wegen bei Gericht zu errichten pflegte, und sogar observanzmäßig bestätigen ließ[1]). Es werden in diesen Verträgen auch gewöhnlich nebst der Zusicherung ehelicher Treue und priesterlicher Einsegnung Verabredungen getroffen über das Heirathsgut und sonstige Eheeinbringen der Braut, über die Morgengabe oder Widerlage des Mannes, über Erbschaft und Nutzgenuß (Leibzucht oder Leibgeding des überlebenden Ehetheiles), sowie bei Gutsabtretungen der Eltern an die Brautleute über die Zahlungsbedingungen des Kaufschillings (nicht selten mit dem Leibgedings-Vorbehalt der Gutsabtreter).

§ 2.

Bedingte und unbedingte Ehen, und Grenzen der Willkühr bei Eheverträgen.

Je nachdem eine Ehe mit oder ohne Errichtung eines Ehevertrages eingegangen wird, bezeichnet man sie als bedingte, oder als unbedingte Ehe. Im letzteren Falle regeln sich selbstverständlich die ehlichen Güterverhältnisse ganz nach den Bestimmungen des Landrechtes in Bezug auf die Rechte der Ehegatten unter sich sowohl, als mit dritteren Personen, ebenso die Rechte der Kinder in Bezug auf das elterliche Vermögen. Es ist ein deutscher, in vielen Statutarrechten ausdrücklich ausgesprochener Rechtssatz, daß nur dann, wenn keine pacta und Gedinge unter Eheleuten abgeschlossen sind, die statutarischen Bestimmungen eintreten sollen, indem dann das Gesetz kraft seiner die Gatten dem von ihm als Güterrecht aufgestellten Systeme unterwirft[2]). Liegen dagegen Verträge vor, so sind diese maßgebend, insoweit sie ausdrückliche Bestimmungen enthalten, und insoweit diese Bestimmungen nicht gegen das Landesgesetz verstoßen, und dadurch unkräftig werden.

Obgleich nun statutarrechtlich das System der Errungenschaftsgemeinschaft gilt, so ist es doch nach Tit. I. §. 1 keinem Bedenken unterworfen, daß sich Brautleute auch eine andere Art der Güterrechte, also z. B. völlige Gütertrennung oder allgemeine Gütergemeinschaft 2c. wenigstens in erster Ehe wählen können (Mittermaier, D. P. R. § 409) nur dürfen, sobald die Errungenschaftsgemeinschaft beibehalten wird,

---

[1]) Die gerichtliche Bestätigung war aber, wie unten gezeigt werden soll, nie geboten, und nur dann wesentlich, wenn die Eheverträge Gutsübergaben enthielten.

[2]) Beseler, Lehre von den Erbverträgen Bd. II. b. S. 146. Puffendorf observ. Tit. IV. obs. 53: „et plane statuta omnia et doctores in eo consentiunt, successionem conjugum in iis tantum matrimoniis procedere, quae „unbedingte" dicuntur, in quibus pactiones nullae intercesserint." Mevius deciss. pr. IX. 60.

keine dem Landrechte widerstrebenden Zusätze oder Abänderungen getroffen werden. Die Bestimmung des M. L. R. Tit. I. § 1, daß alle Eheberedungen in ihrer Wirkung bleiben sollen, und daß nach Tit. III. § 1 in den Ehepakten dem letztlebenden Gatten eine besondere Portion der Errungenschaft und ein Gewisses aus dem Zugebrachten angewiesen werden darf, macht die Eheverträge also allerdings von der Willkühr der Contrahenten abhängig, jedoch nur in soweit, als damit gesetzliche Rechte dritterer Personen (Seuffert's P. R. § 469), also auch die statutarische Erbfolge der Kinder und Eltern nicht verletzt, und nichts angeordnet wird, was den wesentlichen Rechten der Gatten, z. B. der Verwaltung und Herrschaft des Mannes und dem Zwecke der Ehe entgegen ist. Speciell hat das Landrecht diese Ausnahmen nicht zusammengestellt, allein es ergeben sich doch aus ihm folgende Beschränkungen der Willkühr der Contrahenten und zwar:

1) Aus den allgemeinen Rechtsbegriffen: a) es können jene Rechte nicht geändert werden, welche aus dem Zwecke der Ehe entstehen, z. B. gegenseitige Unterstützung der Gatten; b) jene Rechte, welche die ehliche Gewalt dem Ehemann über die Person der Frau oder Kinder gibt, oder welche für beide Gatten aus der elterlichen Gewalt oder gesetzlichen Vormundschaft fließen, z. B. daß die Frau nicht bei ihrem Manne wohnen soll, daß die Frau allein in die Verehlichung der Kinder zu willigen habe; c) ungültig ist, einseitige Abänderung des Ehevertrages ohne Zustimmung sämmtlicher bei demselben wesentlich Betheiligter, von deren Einwilligung der ursprüngliche Vertrag selbst abhing, oder welche den Gatten darin etwas zugewendet haben; d) die gesetzlichen Vorrechte des Mannes in Bezug auf das Ehe-Vermögen in seiner Eigenschaft als Haupt der vermögensrechtlichen Gesellschaft der Gatten dürfen nicht verändert werden; doch kann sich die Frau den Genuß und die Verwaltung ihrer Güter vorbehalten. Hat sie jedoch dieses nicht gethan, so kann sie nicht die Verwaltung von dem Genusse trennen, und erstere sich reserviren; denn sobald der Genuß in die Gemeinschaft fällt, gebührt dem Manne auch die Verwaltung; ein anderer Zustand wäre für ihn entehrend und unverträglich mit seiner Oberherrschaft; c) nichtig ist das Geding, welches — ungeachtet der Gemeinschaft — der Frau das Recht einräumen würde, ihre Güter ohne Ermächtigung des Mannes zu veräußern, weil dieses gegen die Regeln der Gemeinschaft verstoßen würde.

2) Aus den positiven Bestimmungen des Landrechtes sind ungültig alle Gedinge über Abänderung der gesetzlichen Erbfolge Tit. XIV., Pflichttheil der Eltern und Kinder Tit. IX., Bestellung der Vormünder Tit. V., der Anordnungen über Testamente Tit. VIII., der Bestimmungen über Bürgschaften der Ehefrauen Tit. IV. §. 4, der Pflicht der Inventarerrichtung bei Wiederverehlichung Tit. VI., der mit dem Nutzgenuß des überlebenden Gatten verbundenen Pflichten Tit. VII. und der Bestimmungen über Einkindschaft Tit. II., weil das Gesetz in allen diesen Fällen nichts von der Willkühr der Gatten abhängig macht. Indeß ist ein Ehevertrag, welcher gegen eine gesetzliche Anordnung verstößt, darum nicht ganz ungültig, so daß dann die gesetzliche Regel der Güterverhältnisse eintreten müßte, sondern er besteht nur in soweit nicht zu Recht, als er sammt seinen Folgen die Gesetze direkt verletzt.

In Ansehung des M. L. R. kann, nachdem jede nicht verbotene Abänderung desselben gestattet ist, die gesetzliche Errungenschaftsgemeinschaft

a) ganz verworfen werden ohne weitere Bestimmung, welches Verhältniß an ihre Stelle zu treten hat. In diesem Falle tritt wegen der subsidiären Gültigkeit des gemeinen Rechtes vollkommen das römische Recht an die Stelle des Landrechtes, und alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf der Errungenschaftsgemeinschaft beruhen, fallen hinweg, oder b) die statutarischen Normen der Errungenschaftsgemeinschaft werden nur abgeändert, z. B. in Bezug auf den Beginn und das Ende der Gemeinschaft, oder auf die Größe des Antheils, welcher den Gatten an dem Errungenen zufallen soll; dann folgt ohne weitere Verabredung, daß auch die Verbindlichkeiten, welche mit diesen Rechten zusammenhängen, nur im Verhältnisse dieser Rechte zur Geltung gelangen, oder c) es wird in einem solchen Vertrage eine Verfügung über einen Gegenstand unterlassen, und diese Lücke läßt sich nicht vermöge nothwendiger Folgerungen aus den getroffenen Anordnungen ergänzen; in diesem Falle kommt primär das Landrecht und subsidiär das gemeine Recht zur Anwendung; d) die einfache Bestimmung eines Ehevertrages, daß es bezüglich des Erbrechtes der Gatten bei dem Landrechte belassen werden solle, hat die Wirkung eines Vertrages über die Erbfolge nicht, es liegt darin vielmehr der Sinn, daß sich die Eheleute vorbehalten, soweit es das Landrecht gestattet, über ihr Vermögen fernerhin zu verfügen. Es besteht also damit keine vertragsmäßige Verbindlichkeit der Gatten, wodurch ihnen unmöglich wäre, zu Gunsten des anderen Ehetheiles einseitig eine weitere Anordnung zu treffen, weil eben das Landrecht, auf welches durch die fragliche Erklärung im Ehevertrag verwiesen wird, den freigebigen letztwilligen Verfügungen nur eine einzige Schranke entgegengesetzt, nämlich jene, daß der Pflichttheil der Erbberechtigten nicht geschmälert werde. (Erkenntniß des A. G. vom 12. Mai 1865 Nr. 310). Die Intestaterben können also aus einem solchen Ehevertrage an und für sich keine Berechtigungen gegen ein Testament der Gatten ableiten, es müßte denn bewiesen werden, daß die Ehegatten im Ehevertrage ausdrücklich festgesetzt haben, daß kein Theil die gesetzlichen Bestimmungen des Landrechtes durch einen letzten Willen abändern wolle.

§ 3.

Eheverlöbnisse und Eheverträge.

Nach Vorausschickung dieser allgemeinen Grundsätze sind nun die Eheberedungen auszuscheiden:

I. Nach ihrem Wesen in blose Eheverlöbnisse, d. h. Verträge, wodurch die Contrahenten sich verbindlich machen, einander zu heirathen, und

II. in die eigentlichen Eheverträge, d. h. Stipulationen über die Güterrechte und ihre Wirkungen während der Ehe, oder nach Trennung der Ehe.

Letztere als der wesentlichste Bestandtheil der Eheberedungen in Ansehung der privatrechtlichen Verhältnisse der Gatten sind zu betrachten: A) in Beziehung auf die Form ihrer Errichtung, und die Erfordernisse zu ihrer Gültigkeit; B) in Beziehung auf ihren Inhalt und Gegenstand; C) in Beziehung auf die Frage, wer ist dabei Paciscent?; D) in Beziehung auf ihre Wirkung; E) in Beziehung auf ihre Auflösung.

§ 4.

I. Eheverlöbnisse.

Da das Eheverlöbniß ein Vertrag ist, kann es von allen Personen eingegangen werden, welchen kein Ehehinderniß im Wege steht. Ebenfalls aus der Natur des Vertrages folgt aber auch, daß es mit gegenseitiger freier Einwilligung geschlossen werden muß, und daß seine verbindende Kraft, wie die eines jeden anderen Vertrages durch Zwang, Betrug und Irrthum zerstört wird. (A. G. E. vom 28. Juli 1864 Nr. 1957).

Nach der Natur des Verhältnisses kommt noch als eigenthümliches Erforderniß die Einwilligung der Eltern hinzu, welche unbedingt, die Kinder mögen minderjährig oder volljährig sein, so lange die Kinder noch in elterlicher Gewalt stehen, zur Gültigkeit des Verlöbnisses vorausgesetzt wird, und ebensowohl auf der elterlichen Gewalt, als auf der den Eltern schuldigen Achtung begründet ist.

Auf der Natur des Vertrages beruht ferner die allgemeine Annahme, daß Eheverlöbnisse auch unter Bedingungen geschlossen werden können, deren Eintritt abgewartet werden muß, daß unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt gelten, Bedingungen dagegen, welche dem Wesen der Ehe widerstreiten, den Vertrag selbst nichtig machen, weil aus ihnen hervorgeht, daß eine Ehe gar nicht beabsichtigt war.

Eine ohne die elterliche Einwilligung geschlossenes, d. h. ein heimliches Eheversprechen, wird so angesehen, als sei es mit List und Schmeicheleien dem einen Theile entlockt, und aus Uebereilung oder Leichtsinn gegeben worden. Es blieb daher früher immer eine Frist zwischen der Anwerbung und dem feierlichen Eheversprechen, die erstere wurde nur als Tractat und vorbereitende Verhandlung betrachtet, von welcher an bis zu dem solennen Vertrage jedem Theil der Rücktritt vorbehalten war. Blose Unterhandlungen über eine künftig einzugehende Ehe bleiben daher auch für Personen, welche nicht mehr unter elterlicher Gewalt stehen, unverbindlich. Die Frage, ob ein heimliches Eheverlöbniß durch hinzugekommene fleischliche Vermischung klagbar werde, war unter den älteren Juristen streitig. Für die Verneinung der Frage wurde angeführt, daß durch eine in den Gesetzen verbotene Handlung eine an und für sich nichtige Sache nicht gültig werden könne, für die Bejahung wurde das canonische Recht angezogen. Man wird indeß einer nach vorausgegangenem heimlichen Ehegelöbniß geschwächten Frauensperson die Klage auf Ehlichung oder Dotirung nicht entziehen können, denn sie beruht nicht auf dem heimlichen, und deßwegen für Personen unter elterlicher Gewalt absolut ungültigen Vertrage, sondern auf dem Faktum der außerehlichen Schwächung.

Es wäre auch in der That absurd, wenn eine von einem Haussohne geschwängerte Person die Ehe oder eine Dotirung verlangen könnte, wenn ihr dieser die Ehe nicht versprochen hat, wenn also ein an und für sich ungültiger Ehevertrag nicht vorliegt, während dagegen der Anspruch auf Ehlichung oder Dotirung hinwegfiele, wenn zu der Schwängerung ein ungültiges Eheversprechen hinzutritt. Der oberste Gerichtshof hat constant dahin entschieden, daß der Verlust des Ehlichungs- oder Dotirungsanspruches in dem fraglichen Falle nur dann eintrete, wenn

die Frauensperson die Veranlassung zum Beischlafe gegeben hat. (Erk. vom 13. März 1832 Nr. 530 31/32; Erk. vom 26. März 1833 Nr. 135 32/33; Erk. vom 12. Februar 1853 Nr. 552 51/52).

Das M. L. R. enthält in seinem Contert keine Bestimmungen über die Form der Eheberedungen, allein dieser Mangel scheint bald fühlbar geworden zu sein, indem durch Verordnung vom 23. Februar 1784 a) die Einwilligung der Eltern und die Gegenwart von wenigstens zwei männlichen Zeugen; b) bei grundloser Verweigerung dieser Einwilligung, deren Ergänzung durch das Gericht verlangt wird, widrigenfalls c) alle geheimen Eheversprechungen ungültig, und bei Klagen über die Gültigkeit d) weder ein Eid, noch das schriftliche oder gerichtliche Einverständniß des einen oder anderen Theiles berücksichtigt werden soll[1]).

Zu dieser kurmainzer Verordnung kommt die bayerische Verordnung vom 2. Mai 1806 (Regier.-Bl. S. 175) [2]), welche durch Ver-

---

[1]) Die Verordnung vom 23. Februar 1784 lautet: „2c. 2c. Da wir vernehmen müssen, daß noch immer heimliche Eheversprechungen eingegangen werden, „diesem großen und mannichfaltigen Unwesen aber länger nicht mehr nachsehen können, und wollen, so sehen wir uns ermüßigt, die deßfalls ergangenen Verordnungen „(v. 1723 u. 1735) näher zu bestimmen, und weiters zu verordnen: 1) daß von „nun an alle jene Eheversprechungen für Winkeleheversprechungen erklärt, sofort als „solche gehalten werden sollen, welche ohne Einwilligung der Eltern, nämlich des „Vaters (oder bei dessen Ableben der Mutter, und wenn diese gestorben, des Groß„vaters väterlicher Seite, und wenn auch dieser nicht mehr bei Leben ist, des Vor„mundes) und nebst diesem ohne Gegenwart wenigstens zweier männlichen, und zu „gleicher Zeit gegenwärtigen Zeugen eingegangen werden; 2) sollten aber Vater, Mut„ter, Großvater oder Vormund ihre Einwilligung versagen, und die Kinder nach „einiger Zwischenzeit ihr Ansuchen einigemal fruchtlos wiederholen, so hätten sich „diejenigen, oder aber jener Theil, welchem die Ehe nicht zugelassen werden will, „vor unser einschlagendes geistliches Gericht oder Commissariat zu wenden. „Findet nun dieses, daß die Ursachen der Verweigerung erheblich seien, so solle das „Gesuch auf eine den Umständen angemessene Art abgeschlagen werden; dahingegen „wenn keine gründlichen Ursachen der Weigerung angeführt werden können, so hätte „die gerichtliche Stelle die Einwilligung von Amtswegen zu er„gänzen und zu ertheilen. Zu dem Ende erklären wir 3) alle Winkelehe„versprechungen, welche unter den so eben gemeldeten Bedingnissen nicht eingegangen „werden, ganz und gar für ungültig, und benehmen denselben alle Verbindlichkeit „und Wirkung, sowohl in Rücksicht des Gewissens, als des äußeren Gerichtszwanges; „dahero solle künftighin 4) bei erhobener Klage über die Gültigkeit der eingegangenen „Eheversprechungen weder die Abschwörung eines Eides Platz haben, noch auf das „schriftliche oder gerichtliche Einverständniß eines, oder der beiden Theile einige „Rücksicht genommen, sondern lediglich auf die Erfüllung der obigen Bedingnisse ge„sehen, und hierauf die Gültig- oder Ungültigkeit der Eheversprechung von Unseren „nachgeordneten Gerichtsstellen entschieden werden. Damit aber dieser unserer Ver„ordnung vollkommen und beständig nachgelebt werde, so befehlen Wir hiemit, daß „sämmtliche Pfarrer unseres Erzbisthums diese unsere Erzbischöfliche Verordnung „alle Quatember-Sonntage von der Kanzel ablesen, deutlich erklären, und die Vest„haltung derselben sowohl, als die schwere, durch das natürliche und göttliche Gesätz „auferlegte Schuldigkeit den Kindern, keinen Eheverspruch ohne Vorwissen und Ein„willigung ihrer Eltern oder Vormünder einzugehen, ernstlich einbinden sollen."

[2]) Beide Verordnungen stimmen mit dem römischen Rechte überein pr. J. (1. 10) l. 7. D (23. 1) l. 2. D (23. 2) l. 25. D (23. 2), wonach nur die aus der väterlichen Gewalt entlassenen Kinder zur Eingehung von Verlöbnissen und Ehen der väterlichen Zustimmung nicht mehr bedürfen, während das canonische Recht (Concilium Trident. sess. 24. de reform. cap. 1) diese Meinung verwirft, und den Consens der Eltern zu der Ehe zwar für schicklich (de honestate), aber nicht für nothwendig (de necessitate) hält. Abweichend von dem römischen Rechte wird aber in den angeführten Verordnungen sogar die Zustimmung der Vormünder erfordert.

kündung im Regier.=Bl. von 1815 auch auf das ehemalige Fürstenthum Aschaffenburg anwendbar erklärt ist [1]).

In dieser Verordnung ist abweichend von der angeführten Mainzer Verordnung von 1784 bestimmt: a) daß Eheversprechen gerichtlich zu errichten sind Nr. 2; b) daß die Einwilligung der Eltern zu den Eheverträgen ihrer Kinder nur so lange erforderlich ist, als diese in ihrem Brode stehen Nr. 4, und damit auch die gemeinrechtlich und in verschiedenen Statutarrechten zweifelhafte Frage entschieden, ob die Einwilligung der Eltern zu Heirathen emancipirter Kinder erforderlich sei; c) die Entscheidung über die Gültigkeit von Verlöbnissen ist den geistlichen Gerichten vollständig entzogen. Diesen Verordnungen liegt offenbar die Erfahrung zu Grunde, daß junge Leute in leidenschaftlicher Aufregung ohne Ueberlegung Verlöbnisse einzugehen pflegten, die in der Uebereilung geschlossen, die Contrahenten später in Schaden und Unglück geführt haben; daher die Bestimmung, daß zu der Gültigkeit solcher Verlöbnisse, welche zwischen jungen unversorgten und entweder noch in der elterlichen Gemeinschaft befindlichen, oder unter Vormundschaft stehenden Personen abgeschlossen werden, die Einwilligung der Eltern oder Vormünder erfordert wird, weil diese als die zunächst Interessirten alle Verhältnisse mit größerer Umsicht und Ruhe prüfen, und ihre Einwilligung nur dann ertheilen werden, wenn durch den beabsichtigten Vertrag das wahre Glück der Contrahenten dauernd gesichert wird.

Daß die beregten Voraussetzungen zur Gültigkeit eines Verlöbnisses erforderlich sind, ergibt sich aus der kategorischen Fassung der Ver-

---

[1]) Diese Verordnung lautet im dispositiven Theile: „ꝛc. ꝛc. Seine kgl. „Majestät verordnen: 1) daß bei allen künftigen Eheversprechungen zwischen siegel„mäßigen und anderen Personen ein Unterschied gemacht werde. Jene Unterthanen, „welche nicht siegelmäßig sind, sollen sich 2) anders nicht, als gerichtlich, und zwar „von der ordentlichen weltlichen Obrigkeit, worunter entweder beide, oder wenigstens „einer von beiden Theilen sein Forum ordinarium oder privilegiatum hat, ver„loben; worüber sodann ein förmliches Protokoll errichtet, und jedem Theile ein ge„richtlich gefertigter Auszug gegen die normalmäßige Taxgebühr ertheilt werden soll; „3) siegelmäßige Personen mögen sich zwar außergerichtlich, jedoch nur schriftlich „und sowohl unter eigener als zweier Zeugen Unterschrift und Fertigung zur Ehe „versprechen; 4) nebst diesen gesetzmäßigen Formalitäten wird bei jungen oder un„versorgten Leuten, welche sich entweder noch bei ihren Eltern befinden, „oder unter der Vormundschaft stehen, auch die Einwilligung der Eltern oder „Vormünder erfordert; 5) alle jene sponsalia clandestina oder Winkelversprechungen, „welchen es an obigen Eigenschaften mangelt, werden daher hiemit nicht nur für „unzuläßig und sträflich, sondern auch für null, nichtig und kraftlos erklärt, sämmt„liche Gerichtsbehörden aber angewiesen, weder auf die Vollziehung derselben, noch „auf eine Indemnisation oder Satisfaktionsleistung deßfalls zu erkennen, oder zu „sprechen; 6) da die Sponsalien mit den eigentlichen Verrichtungen des geistlichen „Hirtenamtes in keiner Verbindung stehen, sondern als eine blos weltliche Handlung „und ein bürgerlicher Vertrag anzusehen sind, so verordnen Seine Königliche Majestät, „daß die darüber entstehenden Klagen und Rechtsstreitigkeiten nirgends als bei den „weltlichen Gerichtsbehörden und Dikasterien, wie jede andere Justizsache, von den „Klägern angebracht, verhandelt und entschieden werden sollen — mit dem einzigen „Unterschiede, daß die gerichtliche Verhandlung summarissime vorgenommen, die „Appellation aber nicht binnen den gewöhnlich 60, sondern zur Beschleunigung die„ser keine Verzögerung erlaubenden Rechtssachen längstens binnen 30 Tagen sub „poena desertionis ergriffen und eingeleitet werden soll; 7) hiegegen findet der „Recurs an die geistlichen Gerichtshöfe der bischöflichen Ordinariate und Konsistorien „auf keine Art statt; 8) zur Entfernung aller Mißverständnisse und Irrungen wird „endlich das angeführte Provisional-Mandat vom 5. März und 25. April 1779 „hiemit ausdrücklich aufgehoben. Sämmtliche Behörden und Unterthanen haben „sich nach dieser allerhöchsten Verordnung gehorsamst zu richten."

ordnungen, es können daher auch Ansprüche aus einem eingegangenen Eheversprechen nur dann klagweise verfolgt werden, wenn aus dem gerichtlich aufgenommenen Protokoll die Einhaltung aller vorgeschriebenen Förmlichkeiten klar erhellt, m. a. W. das über das Eheversprechen aufgenommene Protokoll bildet die einzige Grundlage des klagbar verfolgten Anspruches, und letzterer muß sohin vom Richter abgewiesen werden, wenn der Inhalt dieses Protokolles mangelhaft ist.

Die Verordnung vom 2. Mai 1806 erfordert die Einwilligung der Eltern, sohin entgegen jener von 1784 die Einwilligung beider Eltern, eine außergerichtlich ertheilte Einwilligung ist ferner ungültig, weil die gerichtliche Protokollirung überhaupt vorgeschrieben ist, um zu constatiren, daß die Einwilligung eine freiwillige und wohlerwogene war. Ferner ist zu untersuchen, ob die Contrahenten als versorgt erscheinen, d. h. einen dauerhaft begründeten Nahrungsstand haben. Als unversorgt ist derjenige zu betrachten, der noch in elterlichem Brode steht, selbst wenn nach Tit. VII. § 3 des Landrechtes sein Vermögen regulirt ist. — (A. G. E. vom 22. Dezember 1859 Nr. 7401. O. A. G. E. vom 14. Juli 1865 Nr. 842⁶⁴/₆₅.)

Es unterliegt keinem Zweifel, daß durch ein gültig geschlossenes Eheverlöbniß jeder Theil das Recht erwirbt, den Vollzug der Ehe zu verlangen, und daß der die Ehe verweigernde Theil zwar nach der Natur des ehelichen Verhältnisses nicht zur Ehe gezwungen werden kann, aber doch zu einer angemessenen Entschädigung verbunden ist (J. H. Böhmer, l. IV. Tit. I. § 53. 54.), wobei jedoch die Entschädigung nach dem erlittenen Schaden (damnum emergens), nicht aber nach dem etwa entgangenen Vortheil (lucrum cessans) bemessen wird. (Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes § 176).

Von Seite des Klägers ist sofort eine nähere Angabe der Umstände, eine specielle Aufzählung der Auslagen 2c. erforderlich, um Anhaltspunkte zur Beurtheilung des erwachsenen Schadens zu erlangen. — (A. G. E. vom 18. Juni 1841 Nr. 527.)

Nebst der in gesetzlicher Form erklärten Zustimmung der Eltern oder Vormünder ist zum Eheversprechen als bindenden Vertrage erforderlich, daß von einer Seite die Ehe versprochen, von anderer Seite das Versprechen acceptirt, und die Verlobungseinwilligung erklärt wird. Zur rechtlichen Schließung eines Eheverlöbnisses selbstständiger und volljähriger Personen genügt daher die gegenseitige hinreichende Erklärung der Verlöbnißeinwilligung. — [Schott, Eherecht § 147. — Thibaut, P. R. § 413 — A. G. E. vom 20. Januar 1843. Nr. 4415. — O. A. G. E. vom 2. Juli 1844 Nr. 853⁴²/₄₃.] [1])

[1]) Es entsteht die Frage, ob im Hinblick auf die Verordnung vom 2. Mai 1806 ein Verlobungsvertrag gültig durch Notariatsvertrag abgeschlossen werden kann, diese Frage muß bejaht werden. Nach Art. 11 des Notariatsgesetzes vom 10. November 1861 umfaßt der Wirkungskreis der Notare die Geschäfte der nichtstreitigen Rechtspflege, soweit dieselben nicht durch Art. 18 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10 November 1861 den Gerichten vorbehalten sind, und gehören zu den letzteren neben den Hypotheken-, Vormundschafts- und Verlassenschaftssachen nach Art. 18 Nr. 4 l. c. alle übrigen Gegenstände der nichtstreitigen Rechtspflege, welche nach den bestehenden Gesetzen eine gerichtliche Prüfung, Bestätigung oder überhaupt Beschlußfassung erfordern. Von dem Allem ist aber in der Verordnung von 1806 nichts vorgeschrieben. Nachdem dieselbe im Eingange die nachtheiligen Folgen berührt, welche aus heimlichen und unüberlegten Eheversprechen hervorgehen, erklärt

Conventionalstrafen. Nach römischem Rechte war das zur Bestätigung eines Verlöbnisses gegebene Versprechen einer Conventionalstrafe kraftlos, und die Wirkung eines solchen Versprechens nach kanonischem Rechte mindestens zweifelhaft. Nach heutigem Rechte dagegen ist die Gültigkeit einer Conventionalstrafe bei Verlobungen keinem Zweifel unterworfen (Holzschuher, Casuistik Bd. I. S. 487), weil die Contrahenten dadurch nichts Anderes verfügen, als worauf der Richter selbst angewiesen ist, indem der widerspenstige Theil durch Strafandrohung zum Vollzug der Ehe angehalten werden soll. — O. A. G. E. vom 15. Oktober 1864 Nr. 1066 63/64. — O. A. G. E. vom 9. November 1855 Nr. 1742 54/55.

Elterliche Einwilligung. Durch die Verordnung von 1806 ist die elterliche Einwilligung zu den Verlöbnissen junger unversorgter Leute nach § 4 erfordert. Im Zusammenhalte mit dem subsidiären römischen Rechte muß dieses dahin verstanden werden, daß, abgesehen von der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit der Kinder, die Einwilligung der Eltern zu deren Verlöbnissen immer erforderlich ist, solange die Kinder noch im elterlichen Brode stehen. Denn nach l. 2. pr. D. (23. 2) und § 12 J. (1. 10) stand dem Vater das Einwilligungsrecht kraft der väterlichen Gewalt zu, solange er lebte, die Kinder konnten es nur dann umgehen, wenn sie aus dieser Gewalt entlassen waren. l. 25 p. D. (de ritu nupt.). Die deutschen Statute erstreckten dieses Recht auch auf die Mutter, z. B. Frankfurter Reform III. Thl. VIII. § 9., weil sie unter dem Namen Eltern mitbegriffen ist, und ihr wie dem Vater deutschrechtlich eine elterliche Gewalt zugeschrieben wird. Heineccius elementa jur. germ. I. t. 9 § 188. 190.

Ob aber der mütterliche Consens in der Weise nöthig sei, daß, wenn gleich der Vater den seinigen ertheilt hat, die Mutter aber nicht, Verlöbnisse für ungültig zu erachten seien, verneint Leyser medit. spec. 18. m. 3 und sp. 291 med. 6 aus dem Grunde, weil das väterliche Recht viel stärker sei, als jenes der Mutter, da er als Haupt der Familie zu betrachten ist.

Für den Fall der Verweigerung des Eheconsenses der Eltern erlitt das römische Recht durch die Praxis und den Einfluß des canonischen Rechtes, welches den mangelnden elterlichen Consens nicht für ein absolutes Ehehinderniß erklärt, insoferne eine Abänderung, als es sich nicht

---

sie die Winkelversprechen für ungültig, und bestimmt dagegen in Abs. 2, daß unsiegelmäßige Personen sich nur gerichtlich vor der zuständigen ordentlichen Obrigkeit verloben sollen, worüber ein Protokoll errichtet, und jedem Theile eine Ausfertigung ertheilt werden soll.

Eine Prüfung oder Bestätigung der beiderseitigen Erklärungen nach deren Inhalt ist dem Gerichte dabei nirgends aufgetragen, der Schwerpunkt vielmehr lediglich in die gerichtliche Protokollirung und Beurkundung gelegt, was auch aus dem weiteren Inhalte der Verordnung, insbesondre daraus hervorgeht, daß in § 3 den Siegelmäßigen ihr schon früher zugestandenes Recht, solche Akte, zu welchen sonst eine gerichtliche Protokollirung erfordert wird, unter gewissen Förmlichkeiten selbst außergerichtlich zu vollziehen, vorbehalten bleibt, daß ferner in § 4 die unter § 2 und 3 gegebenen Bestimmungen nur als gesetzliche Formalitäten bezeichnet werden, und daß endlich § 5 eben wieder nur die sponsalia clandestina, — Winkelverlöbnisse — welchen es an obigen Eigenschaften mangelt, als unzuläßig und unwirksam erklärt werden.

Da sohin Verlöbnisse nur zu jenen Rechtsgeschäften gehören, welche nach den Civilgesetzen bisher zwar keiner gerichtlichen Prüfung oder Bestätigung, jedoch einer gerichtlichen Aufnahme oder siegelmäßigen Fertigung bedürfen, so können dieselben nach Art. 16 des Notariatsgesetzes nunmehr nur durch die Notare gültig erreicht werden. O. A. G. E. vom 15. Oktober 1864 Nr. 1066 63/64.

mehr um einen Zwang der Eltern zur Consensertheilung, sondern nur um die Ergänzung der elterlichen Zustimmung durch den Richter handelt. (E. des Rev.-G. von 1781 J. S. Kalkhoff gegen Straub.) Es ist also nicht mehr von einem civilrechtlichen Zwang der Eltern die Rede, sondern es ist der Consens von der Obrigkeit zu erbitten, und dadurch ein Prozeß völlig undenkbar; denn es wäre nicht einzusehen, wie die Eltern verklagt werden könnten, damit die Obrigkeit den ihr allein zustehenden Consens ertheile. Durch diesen Akt übt aber der angegangene Richter eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus, analog wie bei allen sonstigen Curatelbeschlüssen, nach vorgängiger causae cognitio, nach Vernehmung der Interessenten, und nöthigen Falles von Zeugen, jedoch ohne contradiktorisches Verfahren. Beschwerden gegen solche Beschlüsse gelten als Extrajudicial-Beschwerden. (O. A. G. E. Nr. 862 $^{42}/_{43}$. Blätter für R. A. Bd. XXVIII. S. 1 ff.)

Ueber die Consensertheilung durch die Gerichte enthält die Verordnung von 1806 keine besonderen Vorschriften, es muß also bei der Verordnung von 1784 belassen werden, welche ausdrücklich in § 2 von einer Ergänzung der Einwilligung von Amtswegen, also nicht von einem Zwang der Eltern zur Consensertheilung spricht, und daher in dieser Hinsicht als mit den Vorschriften des canonischen Rechtes übereinstimmend zu betrachten ist. Die Bestimmung in § 6 der Verordnung von 1806 betrifft nur die Klagen auf Vollzug eines Eheversprechens oder Entschädigung, und verweist diese Klagen von den geistlichen an die weltlichen Gerichte [1].

Ein ohne die elterliche Einwilligung eingegangenes Eheverlöbniß noch unter elterlicher Gewalt stehender Kinder kann umgestoßen werden: 1) von den Eltern, wenn es ohne rechtmäßige Ursache heimlich geschlossen wurde, und zwar ohne daß die Eltern einen Grund der Verweigerung ihrer Einwilligung anzugeben hätten, weil es gegen die elterliche Gewalt, und die den Eltern schuldige Achtung verstößt, 2) von den Kindern selbst, jedoch wenn ein Beischlaf dazu gekommen ist, nur aus Gründen, welche der Geschwächten eine Klage auf Ehlichung versagen, z. B. wenn sie eine öffentliche Dirne ist [2].

Collision der Eheverlöbnisse. Da ein Verlöbniß ein gegenseitiges Recht und eine Verbindlichkeit zum Vollzuge der Ehe begründet, so kann von zwei oder mehreren von einer Person eingegangenen Verlöbnissen nicht jedes eine solche Verbindlichkeit in sich schließen. Von

---

[1]) Seufferts Com. I. S. 107 lit. c und Wendt, Handbuch des bayerischen Civilprozesses II. S. 14 § 181 a, welcher sich zur Begründung seiner Ansicht — daß die obrigkeitliche Ergänzung des Consenses der Eltern in die Eingehung der Ehe ihrer Kinder sich vor die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung wie jede andere Justizsache eigne — auf eine Verordnung vom 22. April 1811 (Regier.-Bl. S. 817) beruft, welche aber im ehemaligen Fürstenthume Aschaffenburg nicht publizirt ist.

[2]) Zum Zeichen eines eingegangenen Eheverlöbnisses kann eine Sache gegeben werden, welche der Mahlschatz genannt wird. Dieser darf behalten werden, wenn die Ehe erfolgt, oder ohne Verschulden des Verlobten, wegen des Todes des einen oder anderen Verlobten, oder wegen eines anderen Zufalles nicht zum Vollzuge kommt. Werden dagegen Verlöbnisse mit beiderseitiger Einwilligung aufgehoben, so fallen die Mahlschätze an die Geber zurück (vobehaltlich der Berechnung der gegenseitig oder einseitig verursachten Kosten und Auslagen). Erfolgt die Lösung des Verlöbnisses einseitig aus einem erheblichen Grunde so fällt der Mahlschatz ebenfalls an den Geber zurück; geschieht dieses jedoch aus einer nichtigen Ursache, so darf das Gegebene von dem schuldlosen Theile behalten werden.

zwei öffentlichen Verlöbnissen gilt daher das zuerst eingegangene, selbst wenn zum weiteren Verlöbnisse ein Beischlaf oder Schwängerung hinzugekommen ist. Ferner gilt das öffentliche Verlöbniß noch unter elterlicher Gewalt oder Curatel stehender Personen unbedingt vor dem heimlichen. Bruch der Treue berechtigt jedoch den unschuldigen Theil zur Auflösung selbst eines öffentlichen Verlöbnisses.

Eine Auflösung des Eheverlöbnisses wird also nach dem Angeführten überhaupt möglich: 1) durch gegenseitige Einwilligung, 2) auf einseitiges Verlangen: a) wegen Verletzung der schuldigen Treue, soferne nicht beide Theile in gleicher Lage sind, b) wegen mehrfachen Eheversprechens, c) wegen böslicher Verzögerung der Erfüllung, d) wegen Betrugs, Irrthum, Zwang, 3) wenn sich in der Person der Verlobten eine Veränderung ergibt, welche, wenn vorher bekannt, die Eingehung des Verlöbnisses vereitelt haben würde, oder dem Wesen der Ehe entgegensteht, z. B. Verbrechen, Körpergebrechen. (l. u. in VI. de spons. — l. 25 X. de jure jur. — O. A. G. E. vom 2. Juli 1844 Nr. 853 42/43. — A. G. E. vom 20. Januar 1843, Nr. 4415.)

§ 5.

II. Eigentliche Eheverträge.

A. In Beziehung auf Form und Gültigkeit.

Gemeinrechtlich konnten Eheverträge durch blosen Consens der Contrahenten auf jede Art geschlossen werden. l. 7. 20 D. (23.4) l. 1. pr. D. eod. l. 29 pr. D. (23. 3). Diese einfache Form des römischen Rechtes ist erklärlich aus dem Umstande, daß es sich dort nur um die Bestellung der dos, donatio propter nuptias, und um Anordnungen in Betreff des Paraphernal-Vermögens handeln konnte. Nachdem aber das deutsche Recht in Eheverträgen auch Bestimmungen über Universal-Successionen zuließ, und diese Verträge hiedurch eine besondere Bedeutung erhielten, war es dem deutschen Charakter entsprechend, die Form gerichtlicher Errichtung zu wählen, welche auch zur Gültigkeit in mehreren Partikularrechten ausdrücklich erfordert wird. Andere Statute erfordern wenigstens die schriftliche Errichtung oder die Zuziehung von Zeugen [1]).

Da indeß das M. L. R. Tit. I. § 1 durchaus keine Form der Eheverträge vorschreibt, und die oben angeführten Verordnungen von 1784 und 1806 (§ 4) sich nur auf die Eheversprechen beziehen, so muß man annehmen, daß jede Uebereinkunft über die ehlichen Verhältnisse, wie sie während oder nach der Ehe zur Geltung kommen soll, nur durch beiderseitigen Consens bedingt ist, weil es das subsidiäre gemeine Recht so gestattet. (Glück, Com. XXV. S. 379. — Holzschuher, Casuist. Bd. II. S. 886 nr. 1. — O. A. G. E. vom 6. Juni 1865 Nr. 762 64/65.)

---

[1]) Solmser Landordnung II. Tit. 28. § 1. — Frankfurter Reformation III. Tit. 8 § 8. — Andere Statute, z. B. das Ansbacher Recht, verlangen nur ausnahmsweise gerichtliche Errichtung der Eheverträge, wenn a) allgemeine Gütergemeinschaft eingegangen wird, b) wenn Eltern zu Gunsten des Gatten ihres Kindes auf ihr Intestaterbrecht verzichten, c) wenn Kinder voriger Ehe concurriren. — Das Preußische Landrecht verlangt II. 1. § 440. 441 die gerichtliche Errichtung von Eheverträgen, wenn sie Erbverträge enthalten.

Es gilt dieses jedoch nur unbeschadet der Kurmainzer Verordnungen von 1784, 1785 und 1798 über die gerichtliche Protokollirung und Bestättigung jeder Veräußerung von Liegenschaften, welche erst durch das Gesetz vom 5. Oktober 1863 in Bayern aufgehoben wurden, und unbeschadet des Art. 14 des Notariatsgesetzes, welches ebenfalls die notarielle Beurkundung aller Verträge befiehlt, welche die Besitzveränderung, oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen, oder diesen gleichgeachteter Rechte betreffen.

Der etwaige Einwand, daß der Uebergang der Liegenschaften bei Eheverträgen erst von dem künftigen Ereigniß der Ehe abhänge, oder von dem früheren Tode des einen Gatten, kann weder die Anwendbarkeit der Mainzer Verordnungen, noch des Notariatsgesetzes hindern, da auch andere Immobiliarverträge an solche Bedingungen geknüpft werden können, und sich ein Ehevertrag im betreffenden Punkte von solchen Verträgen nicht unterscheidet, indem in der Zuwendung eines liegenden Gutes an den anderen Gatten eine Veräußerung enthalten ist, und daher die Absicht des Gesetzgebers, die Sicherheit des Eigenthumes, anschlägt. (O. A. G. E. vom 5. Januar 1850 Nr. 1122 48/49.)

Auch durch die Verordnung vom 16. Februar 1756 (vide Beilage zu Tit. I.) ist die gerichtliche Protokollirung der Eheverträge nicht vorgeschrieben. Abgesehen von den nunmehr für Bayern gültigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1861 Art. 18, und des Notariatsgesetzes Art. 11 u. 16 hat die erwähnte Verordnung vom 16. Februar 1756 bloß die Entscheidung der Frage zum Gegenstand, ob die Vermögensrechte der Gatten, welche vor der Verkündigung des Landrechtes geheirathet hatten, nach diesem Landrechte, oder nach den vorher in Uebung gewesenen Statuten und Gewohnheiten zu bemessen seien, und enthält nur noch die landesväterliche Erinnerung, daß es solchen Eheleuten freigelassen werde, zur Vermeidung von Irrungen die Uebereinkunft zu treffen, daß es mit ihrem Vermögen nach den Bestimmungen des neuen Landrechtes von 1755 gehalten werden solle, in welchem Falle der Richter die treffende Vereinbarung zu Protokoll zu nehmen, und aufzubewahren habe.

Diese Verordnung hat daher auf die während der Herrschaft des Landrechtes von 1755 errichteten Eheverträge gar keinen Bezug. (A. G. E. vom 12. Mai 1865 Nr. 310).

Besondere Verhältnisse entstehen indeß, sobald der Ehevertrag ein Erbvertrag ist. Bei der Frage, ob solche Erbverträge der Pflicht der Protokollirung nach den Bestimmungen des Mainzer Rechtes zu unterwerfen sind, ist zu unterscheiden, ob es sich um einen partikulären Erbvertrag, d. h. einen solchen Erbvertrag handelt, welcher weder die ganze Erbschaft, noch einen aliquoten Theil desselben, sondern nur ein einzelnes Stück zum Gegenstande hat, sohin nach den gesetzlichen Vorschriften über Erbschaften und Vermächtnisse nur die Natur der letzteren hat, oder ob ein universeller Erbvertrag, ein Vertrag über den ganzen Nachlaß oder einen aliquoten Theil desselben in Frage ist.

Universelle Erbverträge, worin einer oder mehreren Personen ein wahres Erbrecht vertragsmäßig eingeräumt ist, sind nicht unter die angezogenen Mainzer Verordnungen zu subsumiren, wenn auch in der Erbschaftsmasse sich Immobilien befinden; denn in einem solchen Falle wird nicht direkt über das Eigenthum dieser Liegenschaften ein Vertrag geschlossen, sondern nur über das Erbrecht in die ganze unausgeschiedene

künftige Verlassenschaft, so daß der Eigenthumsübergang hinsichtlich der Immobilien seiner Zeit nicht durch eine vertragsmäßige Veräußerung, sondern lediglich durch eine vertragsmäßige Erbseinsetzung vermittelt wird. In Folge eines solchen Erbvertrags erlangt auch der Vertragserbe durchaus kein eventuelles Recht auf irgend einen zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Vermögensgegenstand, sondern der Eigenthumserwerb tritt nach dem Tode des Erblassers nur in Ansehung jener Gegenstände ein, die sich zur Zeit dieses Todes in der Erbschaft vorfinden. Es liegt also in einem solchen universellen Erbvertrage durchaus keine, wenn auch nur eventuelle Veräußerung irgend eines Vermögensgegenstandes, vielmehr bleibt das bisherige Eigenthum desjenigen, welcher einem Andern das Erbrecht einräumt, an den einzelnen Vermögenstheilen mit allen einem Eigenthümer zustehenden Befugnissen unter Lebenden aufrecht, und nur das Recht, eine andere letztwillige Verfügung zu errichten, ist ausgeschlossen. Da nun das M. L. R. nach den klaren Worten der mehrerwähnten Verordnungen wohl alle Verträge ohne Unterschied, sobald sie das Eigenthum oder sonstige dingliche Rechte an Immobilien betreffen, der Nothwendigkeit der gerichtlichen Errichtung und Bestätigung unterwirft, jedoch ebenso klar nur die eigentlichen Veräußerungsverträge, als solche Verträge, welche eine sogleich oder künftig wirksame Veräußerung einer bestimmten Liegenschaft zum Gegenstande haben, jener Nothwendigkeit unterwirft, so läßt es sich auf universelle Erbverträge offenbar nicht anwenden, weil bei diesen die etwa schon beim Vertragsabschluß vorhandenen Immobilien selbst nicht veräußert werden, vielmehr dem das Erbrecht Einräumenden eigenthümlich verbleiben, und von ihm bis zu seinem Tode veräußert werden können. (Holzschuher, l. c. S. 887. nr. 3.)

Es trifft daher auch bei solchen universellen Erbverträgen der ausdrücklich angegebene Grund jener Verordnungen, „um die Unsicherheit der Eigenthumsverhältnisse zu beseitigen, und drittere Personen wegen weiterer Verfügungen des Veräußerers zu schützen“, entschieden nicht ein.

Anders verhält sich aber die Sache in Ansehung solcher Erbverträge, welche nur das Vermächtniß einer einzelnen Liegenschaft betreffen. Hier liegt offenbar eine, wenn auch nur eventuelle Veräußerung vor. Denn da das Vermächtniß vertragsmäßig geschah, und ein bestimmtes Objekt zum Gegenstande hat, so erfolgt der, wenn auch künftige Uebergang des Eigenthums unmittelbar durch den Vertrag. Hier tritt daher auch der gesetzliche Grund der fraglichen landrechtlichen Bestimmungen ein, indem es bei solchen Verträgen im Interesse des Publikums liegt, erfahren zu können, ob der Vermächtnißgeber über die fragliche Liegenschaft verfügen könne. Jene Verordnungen finden daher hier unzweifelhaft Anwendung.

Ist in einem Ehevertrag eine Schenkung von Todeswegen (§ 224) enthalten, so muß der Vertrag nach Tit. VIII. § 21 des M. L. R. von dem Disponirenden eigenhändig unterschrieben, und von drei Zeugen unterzeichnet werden, oder, falls der Schenker des Schreibens unkundig ist, ein vierter Zeuge beigezogen werden. Die Mitcontrahenten können selbstverständlich nicht als solche Zeugen betrachtet werden. (O. A. G. E. vom 6. Juni 1865 Nr. 762⁶⁴/₆₅.)

Ueber die Frage, ob die Eheverträge nur vor oder auch nach Eingehung der Ehe gültig errichtet werden können, muß ebenfalls auf das gemeine Recht zurückgegangen werden, welches Beides gestattet. Das

M. L. R. hat daran keine Abänderung vorgenommen. (Erk. des Rev.=Ger. vom 3. März 1801. J. S. Berberich gegen Schneider, l. 1 pr. D. (23. 4) [1]).

Der Umstand, daß durch Errichtung solcher Verträge während der Ehe Rechte Dritterer verletzt, oder die Gesetze über unerlaubte Schenkungen umgangen werden könnten, ist belanglos, weil Verträge keine rückwirkende Kraft haben, und die Gesetze über Schenkungen unter Gatten doch beobachtet werden können. Unter diesen Voraussetzungen müssen auch Abänderungen früherer Eheverträge während der Ehe, jedoch nur mit beiderseitiger Einwilligung der Contrahenten, statthaft sein, weil das Verbot des Landrechtes Tit. I. § 1 ausdrücklich nur auf einseitige Abänderungen gerichtet ist.

§ 6.

B. Inhalt und Gegenstand der Eheverträge.

Es ist bereits angeführt, daß die Eheverträge nichts enthalten dürfen, was entweder dem Wesen der Ehe und den daraus abgeleiteten Wirkungen, oder dem Verbote des Statuts engegensteht. (§ 2.) Gegenstand der Eheverträge ist dagegen gewöhnlich die Zusicherung der priesterlichen Trauung mit der Zeitangabe, wann sie geschehen soll, die Bestellung des Heirathsgutes und der Widerlage, Bestimmungen über die Größe des beiderseitigen Zubringens, über die Rechte an dem beiderseitigen Vermögen, besonders dessen Benutzung während und nach der Ehe, und über die Religionsverhältnisse der Kinder bei gemischten Ehen[2]).

Der Hauptpunkt, wodurch sich die deutschen Ehestiftungen von den römischen Dotal=Verträgen unterscheiden, besteht aber darin, daß in denselben gewöhnlich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten festgesetzt wird. Dieser Charakter ist den deutschen Ehepakten so eigenthümlich, daß man die unter den Ehegatten über ihre künftige Erbfolge geschlossenen Verträge im recht eigentlichen Sinne Eheverträge (pacta nuptialia) zu nennen pflegt. (Glück, Com. Bd. 25. S. 335 ff.)

Wird in den Eheverträgen das Statut auch bezüglich der Verhältnisse der Gütergemeinschaft geändert, so wird diese dadurch eine vertragsmäßige, und zwar entweder rücksichtlich aller Güter oder nur der Errungenschaft[3]). Durch eine solche Uebereinkunft kann auch auf den

---

[1]) Neuere Gesetzgebungen, z. B. das französische Civilrecht haben die Schließung der Eheverträge auf die Zeit vor Eingehung der Ehe beschränkt. Zachariä, Handb. Bd. III. § 503.

[2]) Bei dem letzteren Punkte kommen die Bestimmungen der II. Beilage zur Verfassungs=Urkunde § 12—23 in Betracht, wornach als Hauptgrundsätze gelten: a) daß die Bestimmungen übe die Religion der Kinder in Eheverträgen Gültigkeit haben, und daß die Gültigkeit dieser Eheverträge, sowohl in Rücksicht ihrer Form, als der Zeit der Errichtung, nach den bürgerlichen Gesetzen zu beurtheilen ist; b) daß bei Ermanglung verträgsmäßiger Bestimmungen die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter in der Religion der Mutter zu erziehen sind, ohne daß damit die sonstigen Erziehungsrechte der Eltern alterirt werden. Den nächsten Verwandten ist das Recht verliehen, darüber zu wachen, daß diese Anordnungen vollzogen werden.

[3]) Bekanntmachung der vor der Ehe geschlossenen Eheverträge, in welchen die statutarischen Rechtsverhältnisse abgeändert werden, ist nur dann erforderlich, wenn

überlebenden Gatten bei kinderloser Ehe nach dem Sprüchwort: „längst Leib, längst Gut" die ganze Erbschaft mindestens zum lebenslänglichen Nutzgenuß übertragen werden, jedoch läßt sich aus den Parömien „Leib an Leib, Gut an Gut, Hut bei Schleier, Schleier bei Hut" nicht unbedingt auf gegenseitige bedungene Succession, oder auf conventionelle allgemeine Gütergemeinschaft schließen. (Mittermaier § 360. Rechtslexikon von Weiske. Bd. III. S. 604)[1]).

Die Frau kann sich auch vertragsmäßig jeder Gütergemeinschaft entschlagen, und dadurch von den Eheschulden befreit werden. Dieses Verhältniß wird in der alten Praxis mit dem Namen „Lohnfrau" bezeichnet.

Außer den manchfachen Veränderungen der statutarischen Vermögensrechte, welche so verschieden in ihren Modifikationen sein können, als es Fälle überhaupt gibt[2]), — die aber dann natürlich deutlich auszusprechen und strenge auszulegen sind — müssen bezüglich des Inhaltes der Eheverträge noch besonders hervorgehoben werden: a) Schenkungen; b) verschaffte Nutznießung; und c) vertragsmäßige Erbfolge oder Erbverträge.

§ 7.

a) Schenkungen.

Schenkung ist jede Freigebigkeit (§ 45 not.), wodurch man Jemanden einen Vortheil einräumen will, zu welchem man nicht rechtlich verpflichtet ist. Daß dieses unter Verlobten stattfinden kann, sowohl in einem eigenen als in dem Ehevertrage, und daß es meistens in Bezug auf die abzuschließende Ehe geschieht, z. B. mit der Morgengabe, ist gemeinrechtlich unbedenklich. l 1, § 1, D. (39. 5) l. 27 D. (24. 1) l. 6. 10. 11 C. (5. 3). Indeß sind doch solche Schenkungen anderseits

---

dieses die Gesetze, oder diesen gleich zu achtende Gewohnheit verlangen. (Archiv Bd. IX. Nr. 171.)

Im M. L. R. besteht eine solche Anordnung nicht, es sind auch solche Veröffentlichungen nicht gebräuchlich (conf. M L. R. Tit. IV. § 2 Abs. 2), wo auch bei der Frage über die Mithaftung eines Gatten für die vom andern kontrahirten Schulden nur von einer Protestationn bei Gericht ohne öffentliches Ausschreiben die Rede ist.

[1]) Eine eigenthümliche Bestimmung über Heirathen vermögensloser Leute enthalten die Frankfurter Reform III. Tit. 1 § 3 und das Solms'sche Landrecht Tit. II. Tit. 18 § 2. 3.: „Wären dann dieselben Personen ihrer Nahrung halber „so unvermöglich, daß sie nichts Namhaftes zusammenbringen, noch einander ver„sprechen und vermachen könnten; die mögen ohne Geding, Leib an Leib, Gut „an Gut, so viel sie dessen haben und zusammenbringen, mit einander heirathen." Abweichend von der in beiden Statuten angenommenen Errungenschaftsgemeinschaft wird also hier ohne Erforderniß eines Vertrages ausnahmsweise für Arme die allgemeine Gütergemeinschaft als Landesgewohnheit angenommen. Es kann dieß als ein Beleg angeführt werden, wie nahe verwandt überhaupt die allgemeine Gütergemeinschaft mit der rheinischen Errungenschaftsgemeinschaft wenigstens während der Ehe war.

[2]) Sind in den Eheverträgen Verabredungen darüber getroffen, was jeder Gatte auf den Sterbfall erhalten soll, so hat es hiebei sein Bewenden. Das etwaige Vorbringen des überlebenden Gatten, er habe bei Abschließung des Ehevertrages noch nicht wissen können, ob die faktischen Voraussetzungen jener Verabredungen dereinst für ihn vorhanden sein würden, enthält keinen erheblichen Einwand, da auch darüber in solchen Verträgen Vorkehr getroffen werden kann.

im Allgemeinen nicht als durch den Abschluß der Ehe absolut bedingt anzusehen, l. 5. 15 C. (5. 3), sondern es ist nach dieser Gesetzesstelle auf die concurrirenden Nebenumstände zu sehen, um hiernach erwägen zu können, ob die Schenkung mit Rücksicht auf das Eheverlöbniß, und in der Voraussetzung der Erfüllung desselben gemacht worden ist, oder nicht, und im ersteren Falle die Wirksamkeit der Schenkung von dem Eintritt der Ehe abhängig gemacht sein soll. Hiernach muß die Annahme einer solchen Voraussetzung nach den Umständen des einzelnen Falles bemessen werden. Schenkungsverträge nach vollzogener Ehe — Tit. III. § 6 — sind dagegen unzulässig, wohl aber Kauf-, Tausch-, Miethe-, Darlehens-, Pfand-Verträge 2c., so lange sie nicht in der Absicht geschehen, um eine Schenkung zu verbergen, denn jene Verträge sind unter Ehegatten nicht verboten.

Was dagegen die Schenkung von Todeswegen betrifft, so verordnet das M. L. R. Tit. VIII. §. 21 zur Gültigkeit derselben, daß derjenige, welcher sie zu errichten Willens ist, die Schenkungsurkunde selbst unterschreiben und von drei Zeugen unterschreiben lassen soll. Es gilt hiebei der allgemeine Grundsatz, daß, wenn bei einem Geschäfte, welches erst nach dem Tode des einen oder anderen Theiles in volle Wirksamkeit treten soll, die für das negotium mortis causa nöthige Form fehlt, im Zweifel, und wenn nicht ausreichende Gründe entgegenstehen, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden angenommen werden muß, weil nicht zu vermuthen ist, daß die Contrahenten für das beabsichtigte Geschäft die richtige Form nicht gewählt hätten. Fehlt es also nach dem Landrecht an der für die donatio mortis causa vorgeschriebenen Form, die Schenkung ist aber im Ehevertrag deutlich dargestellt, so ist sie als einseitig unwiderruflicher Erbvertrag zu betrachten, welcher an keine äußere Form gebunden ist, und schon durch blosen Consens zur Perfection gelangt. (A. G. E. vom 12. Mai 1865 Nr. 310. Kind. quaest. forens. I. pag. 392.)

Ueberdieß ist auch im Landrecht VIII. § 19 gestattet, über einen Theil des Vermögens letztwillig zu verfügen, und nach Tit. I. 1 ist ausdrücklich verordnet, daß alle Stipulationen über die künftige Erbfolge, wenn sie in Eheverträgen geschehen, ihre volle Wirkung haben sollen. Wenn nun nach dem Begriff und Wesen eines solchen Vertrages bedungene Zuwendungen auf den Todesfall im Allgemeinen schon, in specie aber nach M. L. L. Tit. I. § 1 nur mit beiderseitiger Bewilligung widerruflich sind, so muß auch der vertragsmäßigen Schenkung von Todeswegen die Bedingung des Verzichtens auf den Widerruf beigefügt werden können (Savigny, System. Bd. IV. S. 241), ohne daß dadurch das Wesen einer solchen Schenkung zerstört wird, die darin gelegene Zuwendung vielmehr immer noch von dem Vorabsterben des Schenkers abhängig bleibt, resp. auf dessen Todesfall und erst dann wirksam wird, wenn der Beschenkte diesen Zeitpunkt überlebt, während eine Schenkung unter Lebenden schon zu Lebzeiten des Schenkers Kraft und Gültigkeit erlangt. (O. A. G. E. vom 4. Oktober 1862. Nr. 1348$^{61}/_{62}$.)

§ 8.

b) Nutznießung.

Von der durch Ehevertrag dem längstlebenden Gatten verschafften Nutznießung wird in Tit. VII. die Rede sein, so daß es genügt, hier

zu erwähnen, daß solche nach Tit. VII. § 4 auch Gegenstand einer Verabredung in den Ehepakten sein kann. (§ 164.)

§ 9.

c) Von den Erbverträgen.

1) Im Allgemeinen.

Wie schon das Rubrum zu § 1 Tit. I. des L. R. andeutet, legt diese Gesetzesstelle den hauptsächlichen Nachdruck auf die einseitige Unwiderruflichkeit der Eheverträge; wo sich also darin eine Uebereinkunft über eine „künftige Erbfolge" (ein pactum de heredidate deferenda) vorfindet, haben wir es mit dem originell germanischen Erbvertrage zu thuen [1]). Die Doktrin und Praxis, worin allein die Grundlage der Geltung eines Erbvertrages zu suchen ist, sind zwar in der ganzen Materie über Erbverträge nicht in voller Uebereinstimmung, allein die Praxis hat doch mit Entschiedenheit den Grundsatz befestiget, daß der Erbvertrag an die Stelle einer testamentarischen Erbeinsetzung tritt, wenn er eine oder mehrere Personen zur Erbschaft beruft, daß er aber die Natur eines Codicilles annimmt, wenn er nur einzelne Sachen oder Rechte zuwendet, also ein Vermächtniß enthält. Je nachdem das Eine oder Andere vereinbart wird, tritt sonach eine Universal- oder Singular-Succession ein. (Anmerk. zum bayer. L. R. III. c. 11. § 1. Nr. 1. lit. g. Nr. 6 lit. a. b. Holzschuher, II. 2. S. 886 Nr. 5. S. 888 zu Nr. 5. — Glück, Comm. Bd. 38 S. 61 not. 45. S. 62. — O. A. G. E. vom 6. Juni 1865 Nr. 762 $^{64}/_{65}$.)

---

1) Der eigentliche Erbvertrag ist nicht etwa ein Vertrag über eine schon deferirte Erbschaft (z. B. ein Kauf- oder Theilungsvertrag), dieser war auch den Römern ebenso bekannt, als er bei uns alltäglich ist.

Der eigentliche Erbvertrag betrifft: A. entweder die Erbschaft eines der beiden Contrahenten, dann heißt er pactum de heredidate propria. Ein solcher geht a) entweder darauf hinaus, daß der eine Contrahent die Erbschaft des andern erlangen soll (pactum hereditarium acquisitivum); geschieht dieses Versprechen wechselseitig, so daß jeder der Contrahenten die Erbschaft des anderen erhalten soll, so heißt der Vertrag pact. heredit. reciprocum, wovon die Erbverbrüderung eine Species ist; b) zielt der Vertrag dahin ab, daß ein Dritter die Erbschaft des einen Contrahenten erhalten soll, so heißt er p. h. dispositivum. Entweder lautet diese Stipulation dahin, daß jener Dritte ein heres directus des Promittenten werden soll, oder dahin, daß jener Dritte nur ein heres fideicommissarius des einen Contrahenten werden soll, d. h. daß der andere Contrahent als fiduciar jenem Dritten die Erbschaft des deferirenden Contrahenten herausgeben soll. Dieser Vertrag heißt p. h. restitutivum, und die Erbschaft selbst wird fideicommissum conventionale genannt; c) oder der Vertrag geht darauf, daß der eine Contrahent auf die Erbschaft des anderen verzichtet. (p. h. renunciativum.)

B. Oder es betrifft der Vertrag die Erbschaft eines Dritten. (pactum de heredidate tertii.) Alsdann geht er wiederum a) darauf, daß der eine Contrahent zum Vortheile des anderen auf diese Erbschaft des Dritten verzichtet (pactum de hereditate tertii renunciativum), eine Species hievon sind die Erbverzichte der adeligen Töchter zum Vortheile des Agnatenstammes in Bezug auf die Stammgüter; b) oder daß der eine Contrahent die dereinstige Erbschaft jenes Dritten seinem Mitcontrahenten herausgeben solle (p. d. h. tertii restitutivum); c) oder endlich, daß beide Contrahenten sich dereinst in die bevorstehende Erbschaft jenes Dritten auf besondere Weise theilen wollen (per eminentiam pactum dispositivum).

Es versteht sich, daß mehrere dieser Verträge in demselben Akte mit einander verknüpft werden können, z. B. ein p. h. acquisitivum und ein restitutivum.

Gegen die Begründung von Erbrechten durch Einräumung eines Rechtes zur Universal-Succession mittelst einfacher Erklärung des Erblassers oder durch einen Vertrag hatten die Römer einen nationalen Haß, denn ihre Juristen sagten, es sei dieses als gegen die guten Sitten laufend angesehen worden. Die Freiheit in der Testamentserrichtung tritt auch gewiß dann erst hervor, wenn man über die Anordnung seines Erben mit diesem selbst gar nicht in juristischen Verkehr treten kann, so daß bei diesem Hoffnungen weder erweckt werden, noch er selbst etwas von der Sache zu wissen braucht, womit alle unedlen Rücksichten hinsichtlich des Lebens und Todes eines anderen Menschen im Keime erstickt werden. Dieses Alles im Zusammenhange haben die Römer wohl bedacht, und die Erbverträge werden von dem Kaiser »pactiones odiosae et periculosi eventus» genannt — l. u. C. de pactis (2. 3) —, die nach den römischen Ansichten für den Vertragserben ebenso gefährlich als unpassend waren. Nach römischen Begriffen wäre der Erblasser, welcher durch einen Erbvertrag in seinen Verfügungen gestört ist, gleichsam bürgerlich todt gewesen, und andernfalls hätte der Vertragserbe in die Lage kommen können, die Schulden des Erblassers ohne Aequivalent zu bezahlen. Diese Rücksicht war im älteren deutschen Rechte nicht zu nehmen, denn hier war das Erbrecht nie eine rechte römische Universal-Succession. Der Erbe bekam wohl nichts, solange Schulden da waren, er trat aber auch nicht mit seinem Vermögen ein. Wenn nun gleichwohl die Erbschaft auch nach römischem Rechte Gegenstand eines Vertrages sein konnte, so war doch nicht das Successions*recht*, sofern dieses erst *begründet* werden soll, sondern die entweder schon deferirte Erbschaft zu reguliren, oder eine Erbschaft, welche aus einem außerhalb des Vertrages liegenden Grund deferirt werden sollte. Hiernach findet auch nach römischem Recht ein gültiger Vertrag statt, 1) wenn der zu Beerbende durch seinen Tod dem einen Paciscenten das Recht auf die Hinterlassenschaft begründet hat, über welches dieser mit seinem Mitpaciscenten, wie über jede andere Sache schaltet; 2) wenn jemand im Allgemeinen über eine Erbschaft, die ihm anfallen dürfte, Verträge schließt, ohne Bestimmung der Person des Erblassers, denn hier ist das Geschäft die reine Ueberlassung einer Hoffnung. l. 3 § 2 D. (17. 2) l. u. C. (2. 3); 3) wenn der Vertrag über die Hinterlassenschaft eines Dritten mit dessen Zustimmung stattfindet. l. u. C. (2. 3.)

§ 10.

2) Rechtliche Natur der Erbverträge.

In Anbetracht der Eheverträge ist jener Erbvertrag, wodurch ein Verlobter oder ein Gatte den andern *auf eine unwiderrufliche Weise* zu seinem direkten Erben ernennt, der weitaus häufigste und wichtigste. Von einer (donatio omnium bonorum inter vivos) Schenkung des ganzen Vermögens unter Lebenden, welche erst nach dem *Tode in Erfüllung* gehen soll, unterscheidet er sich wesentlich dadurch, daß letztere keinen universellen Titel verleiht, oder daß der Beschenkte *niemals Erbe*, d. h. Repräsentant des Schenkers wird. Als Schenkungsvertrag unter Lebenden kann der Erbvertrag aber schon deßwegen nicht aufgefaßt werden, weil eine solche Schenkung nicht blos die sofortige Verbindlichkeit, sondern auch die sofortige Wirksamkeit

voraussetzt. l. 27 D. (39. 6) § 1 J. (2. 7.) Auch als Schenkung von Todes wegen kann der Erbvertrag nicht betrachtet werden, weil die darin geschehene Zuwendung durch eine förmliche Uebereinkunft, und nicht durch ein bloses, in Gegenwart des Honorirten gemachtes, wenn auch acceptirtes Versprechen, also nicht einseitig erfolgt. (Seufferts, P. § 647. Nr. 3 — O. A. G. E. vom 6. Juni 1865 Nr. 762 64/65.)

Um seine juristische Natur zu ermitteln, muß man den doppelten Gesichtspunkt festhalten, daß er zwar ein Vertrag ist, gleich jedem anderen Vertrage, aber ein Vertrag über eine Erbschaft, und daß daher die Grundsätze vom Vertrags- und Erbrechte gleichzeitig dahin einschlagen.

Nach römischem Rechte ist dieser Erbvertrag bekanntlich durchaus unwirksam, in Deutschland aber ist er vermöge einer sehr verbreiteten Rechtsgewohnheit fast überall gültig; ausgenommen sind jedoch alle Länder, wo der Code Napoleon herrscht. (Art. 943. 791. 1130) [4]).

§ 11.

3. Unterschied der Erbverträge von gewöhnlichen Eheverträgen und Testamenten.

Hiernach kann man Erbverträge unter Ehegatten von gewöhnlichen Eheverträgen insofern unterscheiden, als die ersteren auf den Todesfall eines Ehegatten die erblichen Verhältnisse des andern festsetzen, während letztere zunächst das Güterrecht in der Ehe ordnen, und, wenn sie auch auf die Rechte des überlebenden Gatten einen Einfluß haben, dieser Einfluß doch nur als mittelbare Folge des ehelichen Güterrechtes erscheint. (Bluntschli, d. Pr. R. § 245).

Von wechselseitigen Testamenten unterscheiden sie sich durch ihre Unwiderruflichkeit. (Vergl. § 202 ff.) Sie können aber auch in Testamenten errichtet werden, und behalten ihre Gültigkeit, wenn auch die übrigen Bestimmungen des Testamentes aufgehoben werden. (M. L. R. Tit. XIII. § 11).

---

[4]) Eine eigenthümliche Ausnahme macht die Frankfurter Reform. Thl. III. Tit. II. § 4, welche unter Berufung auf das römische Recht die Errichtung von Erbschaften durch Verträge und Ehepakten ausdrücklich untersagt, mit dem Beifügen, daß derartige Anordnungen durch Testamente beliebig wieder umgestoßen und abgeändert werden können. Es geschah dieses offenbar nur aus blinder Vorliebe für das römische Recht, und wurde deßhalb auch in Thl. V. Tit. VII. § 2 die Wirkung der Eheverträge auf die Ehesteuer und Widerlage beschränkt. In Thl. III. Tit. II. § 5 wird den Eheberedungen, soweit sie von Erbrechten handeln, aber gleichwohl die Wirkung von Testamenten beigelegt (ohne die Testamentsform zu fordern), mit der Bestimmung, daß sie nämlich Gültigkeit erlangen sollen, wenn der eine Gatte ohne Hinterlassung von Leibeserben, ohne weitere testamentarische Verfügung und ohne Widerruf verstirbt.

Auch im Solmser L. R. I. 6 ist es geradezu verboten, in Ehepakten über Erbschaft etwas zu verfügen, weil solche Verfügungen sich auf das Verlangen und die Hoffnung des Todes des anderen Gatten gründen, und diejenigen, um deren Erbschaft es sich handle, in Todesgefahr versetzt würden (l. 15 u. 30 C. de pact. l. 4 C. de unitil. stipul. l. 11 C. de transact.), obgleich in Deutschland das Gegentheil fast überall herkömmlich war. — (Struv. ex. 38. th. 47. — Leyser, med. 5. sp. 43). —

§ 12.

4. Hauptgrundsätze der Erbverträge.

a) Form der Erbverträge.

Als auf das M. L. R. vermöge des subsidiären gemeinen Rechtes anwendbare Grundsätze lassen sich folgende bezeichnen.

Die Form der Erbverträge ist nicht die der Testamente, sondern jene der Verträge, mithin bedarf es gemeinrechtlich dazu keiner Zeugen, keiner Scriptur und keiner gerichtlichen Bestätigung, obwohl in anderen Partikularrechten dergleichen Formalitäten vorgeschrieben sind, z. B. im österreichischen Gesetzbuch werden alle Solemnitäten eines schriftlichen Testamentes erfordert. Kommen Erbverträge mit Eheverlöbnissen verbunden vor, so gilt natürlich bezüglich der Form die Verordnung von 1806, (Vergl. § 4).

Selbst während der Ehe läßt die Praxis des M. L. R. den Abschluß von Erbverträgen ohne alle Form als rechtsbeständig für beide Eheleute zu. (A. G. E. vom 18. November 1853 Nr. 6091. — A. G. E. vom 18. Mai 1865 Nr. 310).

§ 13.

b) Fähigkeit zum Abschluß von Erbverträgen.

Fähig zur Abschließung eines Erbvertrages ist jeder Vertragsfähige, mithin der minderjährige Gatte blos mit Zustimmung eines Curators § 137 b, der volljährige Sohn aber ohne Zustimmung des Vaters. Zur Gültigkeit eines Erbvertrages ist daher vor Allem die Fähigkeit des Contrahenten über seinen Nachlaß zu verfügen, und sich durch diese Verfügung zu binden, erforderlich. Dazu genügt die blose Testamentsmündigkeit bei Söhnen von 14 und bei Töchtern von 12 Jahren (M. L. R. VIII. § 1) nicht, sondern es muß die volle Handlungsfähigkeit hinzukommen, wie sie in der Regel nur den Volljährigen zusteht, für den Minderjährigen aber durch Zustimmung des Vormundes ergänzt werden kann. Der Unterschied in der Vertragsfähigkeit und der Testamentsfähigkeit liegt nämlich in der Unwiderruflichkeit der Verträge, während Testamente, von Minderjährigen errichtet, wieder aufgehoben, und letztere dadurch gegen die Folgen unüberlegter Handlungen geschützt werden können. Der Vertragserbe bedarf der passiven Testamentsfähigkeit nicht, aber die absolute Successionsfähigkeit freilich ist ihm nöthig. (Wening, Civ. R. Buch V. § 443 u. 428).

§ 14.

c) Gegenstand des Erbvertrags.

Der Gegenstand dieses Vertrages kann ebensowohl ein bestimmter Theil des künftigen Nachlasses sein, als dessen Gesammtheit; denn die Rechtsregel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, leidet, als eine besondere der Testamente, auch gemeinrechtlich keine Anwendung auf den Erbvertrag, und kann nach dem M. L. R. um so weniger zur Anwendung kommen, als sie selbst für Testamente nach Tit. VIII. § 19 aufgehoben ist.

§ 15.

d) Inhalt der Erbverträge.

Der Inhalt des Vertrages muß dahin gehen, daß der Mitcontrahent durch den Vertrag selbst präcise als Erbe eingesetzt werde. Das angenommene Versprechen, jemand im Testamente zum Erben einzusetzen, ist kein Erbvertrag, und gibt überhaupt gar kein Erbrecht (nicht einmal ein testamentarisches), weil ja Testamente ihrem Wesen nach bestimmte Formen erfordern, und bis zum Tode widerrufbar sind.

§ 16.

5. Anwendbarkeit des römischen Rechtes auf die Lehre von den Erbverträgen.

Bei der Anwendung der römischen Grundsätze über die Erbfolge auf die Ehe- resp. Erbverträge kommt es darauf an, ob eine gewisse Regel nur im Zusammenhange mit der Testamentserbfolge steht, und nur auf Testamente sich bezieht, oder ob sie allgemein bei allen Erbanfallstiteln vorkommt, und gewissen Personen ein Recht gibt.

1) Die Regeln der ersteren Art, welche namentlich die Erbeinsetzung und Enterbung betreffen, dürfen nicht auf Erbverträge ausgedehnt werden, denn schon im Allgemeinen ist hervorzuheben, daß die Erbverträge dem deutschen Rechte angehören, welches weder die Testamente überhaupt, noch weniger aber ein Recht der Notherben auf Erbeinsetzung kannte. Das Recht auf den Pflichttheil ist speziell eine Folge der römischen Gesetze, und wenn nun dieses Recht gleich wohl neben den Erbverträgen besteht, so ist es doch unmöglich, die römischen Bestimmungen über die Formen der Berücksichtigung der Notherben resp. deren Ausschließung, auf Erbverträge anzuwenden, weil jene Formen sich auf einseitige letzte Willenshandlungen, diese aber auf vertragsmäßige, sofort unwiderrufliche Rechte sich beziehen.

Eines nur bleibt sich bei beiden Arten der vermögensrechtlichen Verfügungen gleich, nämlich das Recht auf den Pflichttheil; bei Testamenten muß es aber vom Testator ausdrücklich anerkannt werden, wenn seine Verfügung Gültigkeit haben soll, während es neben der Gültigkeit der Erbverträge als Recht fortbesteht, weil eben durch solche Verträge die Rechte Dritterer (der Pflichttheilsberechtigten) nicht gekränkt werden können, solange sie selbst ihre Zustimmung nicht erklärt haben. Diese Drittere haben aber auch nur ein Recht auf den Pflichttheil, sie können folglich einen Vertrag, welcher zwar ihr Recht nicht ausdrücklich anerkennt, aber diesem Rechte auch aus dem angegebenen Grunde nicht schädlich ist, nicht umstoßen. Die Rechte der Notherben bestehen folglich außer ihrem Pflichttheilsanspruche nur darin, für den Fall der Errichtung eines Testamentes entweder zu Erben eingesetzt, oder aus einem gesetzlichen Grunde enterbt zu werden, während einem Erbvertrage jede Veranlassung zur Beschwerde abgeht, indem er ipso jure die Rechte Dritterer nach seinem innersten Wesen frei läßt.

Die Aufstellung (Glück, Comm. Bd. 25. S. 387), daß Erbverträge nach deutschen Rechten ebenso eine gesetzmäßige Art seien, über sein Vermögen auf den Todesfall zu verfügen, als bei den Römern die Testamente, daß also jeder, der über sein Vermögen einen Erbvertrag

errichten wolle, die Rechte der Notherben nicht minder beachten müsse, als wenn er ein Testament gemacht hätte, diese Aufstellung ist insofern richtig, als in Erbverträgen die Rechte der Notherben nicht ausgeschlossen werden können, unrichtig aber insofern, wenn daraus der Schluß gezogen werden soll, daß im Erbvertrage etwas ausdrücklich gewahrt werden müßte, was durch den Vertrag nicht entzogen werden kann, nämlich Rechte Dritterer, und daher auch nicht entzogen werden will. Die ausdrückliche Erwähnung der Notherben im Testament (welche nach Tit. IX. § 4 in das M. L. R. übergegangen ist) hängt mit dem Satze des römischen Rechtes zusammen, daß niemand theilweise über seinen Nachlaß verfügen kann, und daß sohin durch jedes gültige Testament die Intestaterbfolge gänzlich ausgeschlossen ist, folglich die im Testamente nicht benannten Notherben als präterirt erscheinen, und es mithin für den Schutz ihrer Rechte absolut der Klage auf Umstoßung des ganzen Testamentes bedarf. Erbverträge dagegen können über jeden beliebigen Theil des dereinstigen Nachlasses unbeanstandet geschlossen werden, jedenfalls gelten sie nur unter dem Vorbehalte des Pflichttheiles, welchen der Vertragserbe wie jede andere Erbe als eine auf dem Nachlasse haftende Last oder Schuld befriedigen muß.

Es genügt daher vollkommen, wenn die Praxis fast übereinstimmend dem im Erbvertrage nicht berücksichtigten Notherben das Recht gewährt, seinen Pflichttheil vom Vertragserben zu fordern. (§ 235. a. E.) Andere Verhältnisse begründen jedoch nach deutschem Rechte die nachgebornen Kinder. (§ 22. nr. 5.)

2) Aus dem Princip, daß der Erbvertrag Erbrechte gewährt, muß dagegen bemessen werden, ob es sich um eine Singular- oder Universal-Succession handelt, ob nämlich nur eine einzelne Sache, oder der ganze Nachlaß, resp. ein aliquoter Theil desselben zugewendet wurde.

Im letzteren Falle ist auch der Vertragserbe ein wahrer Erbe, er hat alle Erbschaftsklagen, haftet aber auch für die Schulden des Erblassers, während er andernfalls nur als Vermächtnißnehmer erscheint. Auch bei dem universellen Erbvertrag erhält der Vertragserbe nur Erbrechte, d. h. Anspruch auf den Nachlaß, soweit er beim Tode des Erblassers noch vorhanden sein wird; dagegen hat er durch den Vertrag noch keine Eigenthumsrechte auf bestimmte Sachen. Daraus erklärt sich, daß der, welcher einen Vertragserben sich bestimmte, bei Lebzeiten über sein Vermögen verfügen kann, weil auch ein gesetzlicher oder Testamentserbe diese Verfügung nicht hindern könnte, und weil derjenige, welcher einen Vertragserben sich einsetzt, sich nur verpflichtet, keinen andern Erben einzusetzen, oder überhaupt weiter von Todeswegen zu verfügen. Selbst wenn er noch so sehr verschwendet, kann der Vertragserbe höchstens sorgen, daß der Andere als Verschwender erklärt werde, aber er kann geschehene Veräußerungen als Vertragserbe nicht rückgängig machen. (Maurenbrecher, P. R. Bd. II. S. 742. — Preuß. L. R. Thl. I. Tit. 12 § 626.)

Der Eintrag einer Dispositionsbeschränkung im Hypothekenbuche ist daher auch ohne Einwilligung des Erblassers nicht zuläßig. (Lehner, Hypoth.-Recht § 42 S. 66.) Faktisch würde ein solcher Eintrag dem Vertragserben auch keine größeren Rechte verleihen, weil auch dann noch die Grundansicht bliebe, daß der Vertragserbe nur ein Erbrecht erhalten soll, aber noch nicht die Erbschaft.

§ 17.

6. Wirkung des Erbvertrages.

Die Wirkung dieses Vertrages ist ein unwiderrufliches Recht des Eingesetzten auf den Nachlaß des Promittenten, so wie er sich bei dessen Tod gestalten wird. Man verwechsle daher den Erbvertrag nicht mit jenen einseitig widerruflichen Verträgen, welche bloß indirekt ein Erbrecht erzeugen, z. B. mit der Adoption. Folglich wird ein früheres Testament des Promittenten durch den Erbvertrag aufgehoben, so daß es nicht mehr von selbst auflebt. (M. L. R. Tit. XIII. § 1.)

Erbverträge können zwar mit gegenseitiger Einwilligung wieder aufgehoben werden, aber mit dem Tode des einen Contrahenten werden sie absolut unwiderruflich [1]) selbst in Bezug auf jene Anordnungen, welche zu Gunsten Dritterer, welche nicht acceptirt haben, darin getroffen sind. Der überlebende Ehegatte kann daher auch durch ein Testament nichts mehr daran abändern [2]). (Archiv XI. 133.)

Aus dieser Unwiderruflichkeit folgt, daß, falls der Vertragserbe vor dem Promittenten stirbt, er seine Rechte auf seine Erben überträgt, denn der Vertragserbe braucht keine Erbschaftsantretung, weil diese überhaupt nach deutschem Rechte nicht nothwendig war [3]) und weil die Erbverträge nur dem deutschen Rechte angehören. Durch den Abschluß des Vertrages selbst hat übrigens auch der Erbe schon genugsam zu erkennen gegeben, die Erbschaft erwerben zu wollen [4]).

---

[1]) Die Grundsätze über Widerruflichkeit von Schenkungen, z. B. wegen Undankbarkeit des Beschenkten rc., finden auf Erbverträge keine Anwendung, selbst eine blos thatsächliche Trennung der Ehe, in Folge welcher der Erbvertrag geschlossen wurde, steht einer vom Richter erkannten dauernden Trennung von Tisch und Bett, welche in der Doktrin des gemeinen Rechtes und der Praxis des M. L. R. als ein Grund der Aufhebung eines Erbvertrages bezeichnet wird, keineswegs gleich. — Beseler, Erbvertr. III. S. 157. — Gerber, d. P. R. § 260. not. 3 § 261. — A. G. E. vom 12. Mai 1865 Nr. 310. — Dagegen geht für minderjährige Gatten die Rechtswohlthat der Restitution gegen solche ihnen schädliche Erbverträge dadurch nicht verloren, daß sie in Folge ihrer Verehelichung selbstständig dispositionsfähig werden, indem sie dadurch, daß sie der Bevormundung entrückt wurden, nicht großjährig geworden sind. Dieses Rechtsmittel kann auch als Einrede geltend gemacht werden. — O. A. G. E. vom 27. Oktober 1865 Nr. 927 $^{64}/_{65}$. — Vergl. § 137 lit. b.

[2]) Durch einen Erbvertrag wird die Befugniß auf den Todesfall zu verfügen, nicht ganz aufgehoben, sondern spätere Erbverträge, Testamente, Codicille, Schenkungen auf den Todesfall dürfen nur nicht die aus dem früheren Erbvertrag erworbenen Rechte des Vertragserben verletzen, können aber wohl gegen die Intestaterben dann und soweit rechtswirksam werden, wenn und wieweit der vorher vertragsmäßig Berechtigte die ihm zugesicherte Erbschaft nicht erwirbt, indem er den Anfall nicht erlebt, oder die Antretung unterläßt. — Wolff, d. P. Bd. I. § 182 — Mittermaier, d. P. R. § 403 und Maurenbrecher § 617 nehmen ein Anfechtungsrecht der Vertragserben an. — Intestaterben können selbstverständlich aus dem fremden Erbvertrage für sich kein Recht herleiten.

[3]) Dieser Grundsatz ist auch in das französische Civilrecht übergegangen. Cod. Nap. art. 725.

[4]) Dieser Ansicht steht eine andere gegenüber, gemäß welcher nach des Erblassers Tod der Vertragserbe die Erbschaft gleich jedem anderen Erben, der nicht suus heres ist, anzutreten habe, weil der Vertrag ihm bloß das Recht zur Antretung, und damit auch das Recht zur Erwerbung des dinglichen Rechtes am Nachlasse, aber nicht dieses dingliche Recht selbst einräume, indem sonst eine juristisch unmögliche Antretung vor der Delation da sein würde. Allein es ist bei dieser Ansicht übersehen, daß durch den Erbvertrag die Unwiderruflichkeit schon mit dem Vertragsabschluß beginnt, während sie bei der gewöhnlichen Erbschaft erst durch den Tod des Erblassers und die Erklärung des Erben — den Erbschaftsantritt — bedingt wird.

Außerdem steht der Vertragserbe rechtlich dem Testamentserben gleich, und haftet daher auch für die Schulden. Da jedoch eine Erbschaft nur gedacht werden kann nach Abzug der Schulden, so wird er auch zur Schuldenzahlung nur soweit in Anspruch genommen werden können, als der Nachlaß reicht, denn zu eigenen Opfern hat er sich nicht verbunden. Ebenso stehen dem Vertragserben alle possessorischen und petitorischen Rechtsmittel wie dem Testamentserben zur Seite.

§ 18.

7. Folgerungen aus der Vertragsnatur.

Aus der Anwendung der Grundsätze von den Verträgen folgt: a) Daß der Vertragserbe die in dem Erbvertrage auferlegten Vermächtnisse berichtigen muß, und keine Quarta Falcidia für sich abziehen darf, da er sich selbst durch den Vertrag dazu verpflichtet hat. Ebensowenig hat der Vertragserbe das Recht, eine Quarta Trebellianica für sich abzuziehen, wenn er sich durch den Vertrag anheischig gemacht hat, die ganze Erbmasse, oder einen Theil derselben als fiduciar an einen Dritten auszuhändigen. Das Recht, später noch seinem Vertragserben Legate und Fideicommisse aufzulegen, hat der Erblasser nicht, denn dieses würde offenbar in fraudem pacti hereditarii geschehen [1]). b) Daß die Mängel in Hinsicht der Willensbestimmung der Contrahenten nach den Grundsätzen über die Verbindlichkeit der Verträge, und nicht nach den Principien über die Gültigkeit der Testamente zu beurtheilen sind. Folglich macht ein Irrthum in den Beweggründen den Erbvertrag nicht unwirksam. c) Ebenso sind hinzugefügte Bedingungen nach den Grundsätzen des Vertragsrechtes zu reguliren. Folglich hebt eine unmögliche Bedingung den Erbvertrag auf, während sie beim Testament für nicht hinzugefügt gilt. d) Die Aufhebungsgründe sind nach der Lehre der Verträge zu beurtheilen, und bestehen daher in der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und in gegenseitiger Uebereinkunft.

§ 19.

8. Erbverträge über die Erbschaft eines Dritten.

Zu erwähnen sind noch die Erbverträge über die Erbschaft eines Dritteren. Daß ein solcher Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten nach römischem Rechte ungültig ist, unterliegt keinem Bedenken, wenn derjenige selbst, über dessen Erbschaft man einen Vertrag geschlossen hat, zu demselben seine Einwilligung nicht gegeben hat. l. 30 C. (2. 3).

Allein diese Bestimmung findet nach dem jetzt gültigen deutschen Privat- und Gewohnheitsrechte, sowie nach der bestehenden Praxis keine

---

[1]) Findet in einem Erbvertrag die Erbeinsetzung eines Gatten auf Lebenszeit statt, so hat dieses die Folge, daß nach dessen Tod die Erbschaft nicht seinen Intestaterben zufällt, weil der Erbvertrag den eigenthümlichen Vorschriften der Testamente „semel heres, semper heres“ nicht unterliegt.

Anwendung mehr; vielmehr werden auch derartige Erbverträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten für gültig erklärt, insoweit Derjenige, welcher auf eine solche Erbschaft zum Besten eines Andern verzichtet hat, an diesen Verzicht gebunden bleibt, dabei jedoch der Dritte, von dessen Erbschaft die Rede ist, wenn er nicht zustimmt, durch einen solchen Vertrag nicht gebunden werden kann. Für diese deutschrechtliche Annahme sprechen sich nicht nur mehrere Gesetzgebungen aus (Bayer. Ldr. Thl. III. cap. 11 § 1 nr. 1—5, das würtemb. Recht, das Preuß. Ldr. Thl. I. Tit. XII. § 649), sondern auch die meisten Rechtslehrer. — (Höpfner, Com. § 737. — Runde, Pr. R. § 660. — Mittmaier, d. P. R. II. § 453. — Glück, Com. IV. S. 214. — Thibaut, § 853. — Holzschuher, Cas. II. S. 977. — Bluntschli, S. 713. — Seufferts Archiv, Bd. I. nr. 252. — Bl. f. R. A. XI. S. 332. — O. A. G. E. vom 29. Januar 1859 Nr. 3468.)

Es sind solche Verträge indeß nicht einmal wahre Erbverträge, weil dadurch kein eigentliches Erbrecht erworben, sondern nur für den Fall, daß eine Erbschaft einem der Contrahenten zufallen sollte, etwas in Beziehung auf diese (meistens ein Verzicht darauf von Seite jenes Contrahenten) verabredet wird. Jener Dritte wird nämlich durch solche Verträge natürlich nicht verbindlich gemacht, er kann ungeachtet derselben mit seinem Nachlasse schalten und wallten, wie er will. Betheiligt er sich aber selbst bei dem Vertrage durch eine Zusage, dann kann von einem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten ohnehin nicht mehr die Rede sein, weil er dann selbst Mitcontrahent geworden ist.

§ 20.

C. Wer ist bei den Eheverträgen als Paciscent zu betrachten.

Als die eigentlich den Vertrag schließenden Personen sind jene zu betrachten, deren Rechtsverhältnisse durch den Vertrag geordnet werden sollen. Wenn auch den alten Sitten gemäß heute noch Eltern, Geschwister oder sonstige beiderseitige Verwandte dabei auftreten, so können sie doch aus einem Ehevertrag unwiderrufliche Rechte nur dann erhalten, wenn sie als wirkliche Mitcontrahenten, nicht als blose Zeugen erscheinen, da überhaupt ein Dritter aus Verträgen keine Rechte erlangen kann, wenn er solche nicht mit abgeschlossen hat. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß Drittere, welche nicht als Mitcontrahenten erscheinen, dennoch Rechte aus einem solchen Vertrage erlangen könnten, z. B. die Eltern und Kinder, allein es sind dieses nicht V e r t r a g s r e c h t e, sondern Ansprüche wie sie ein T e s t a m e n t gewährt, dessen Inhalt nach Gefallen der Eheleute widerrufen werden kann [1]).

---

[1]) Erk. des Rev.-Ger., J. S. Schmitt gegen Gölz vom 30. März 1784, dann J. S. Fischer gegen Keller vom 12. September 1794, und J. S. Schneider gegen Verberich vom 28. Juni 1797. — Kinder erster Ehe erlangen daher auch durch Eheverträge ihres parens kein solches Recht auf dessen Vermögen, daß derselbe nicht mehr befugt wäre von dem Seinigen zu Gunsten seiner Kinder zweiter Ehe und seines zweiten Ehegatten noch zu disponiren; denn Ehepakten enthalten an und für sich nur Verbindlichkeiten, welche zukünftige oder wirkliche Eheleute sich einander zu leisten schuldig sind; es sind also nur die zukünftigen oder wirklichen Eheleute die contrahirenden Theile. Die Formel, daß sich die Brautleute mit Genehmhaltung und Einwilligung der beiderseitigen nächsten Verwandten verlobt haben, beweist nur

Zum Schaden eines Dritten darf indeß ein Ehevertrag nicht gereichen, insbesondere darf der Pflichttheil der Erbberechtigten dadurch nicht verletzt werden. Geschieht dieses dennoch, so steht den Beschädigten zwar nicht die Anfechtung des Vertrages, wohl aber eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles zu. (M. L. R. Tit. VIII. § 8 IX. § 1. — A. G. E. vom 12. Mai 1865 Nr. 310). Ebensowenig darf über Gegenstände verfügt werden, welche Dritteren, z. B. den Kindern erster Ehe, gehören.

Eine Verpflichtung der Eltern entsteht übrigens aus Eheverträgen, wenn sie für die noch in ihrer Gewalt stehenden Kinder die Einbringung gewisser Gegenstände versprechen. Das im Vertrag, z. B. hinsichtlich der Brautgabe ertheilte Versprechen ist dann als von den Eltern gegeben anzusehen, und für diese verpflichtend.

Was Kinder betrifft, welche nach dem Ehevertrage geboren werden, und wieder sterben, so ist zu unterscheiden, ob im Ehevertrag der Kinder gar keine Erwähnung geschah, oder ob der Fall der Geburt von Kindern vorgesehen war. Im ersteren Falle bleibt der Vertrag, wenn die Kinder wieder sterben, bei Kräften, im anderen Falle aber verliert er seine Wirksamkeit, weil er durch die Geburt, nicht aber durch den Tod der Kinder bedingt ist. Der Ehevertrag bleibt aber, es mögen Kinder geboren werden oder nicht, doch so weit gültig, als er Verhältnisse außer der Erbfolge der Ehegatten berührt, und die durch Gesetz garantirten Rechte der Kinder nicht verletzt.

§ 21.

D. Wirkungen der Eheverträge.

Aus der Vertragsnatur der Eheberedungen folgt, daß sie nicht einseitig, also auch nicht durch letzte Willensverordnungen aufgehoben werden können. Enthalten sie Erbverträge zwischen den Gatten, so betreffen sie nach den eben aufgestellten Regeln nur jenes Vermögen, welches beim Tode des Erblassers noch vorhanden ist, der letztere ist also bei Lebzeiten in seinen Verfügungen durch den Erbvertrag nicht beschränkt, wenn er sich nicht auf andere Weise dieses Rechtes begeben hat. Ist der überlebende Gatte in den gesammten Nachlaß oder einen aliquoten Theil desselben eingesetzt, so ist er vollkommen gleich zu behandeln, wie jeder andere Universalerbe, er muß also auch die Schulden oder den treffenden

---

die Zufriedenheit der beiderseitigen Verwandten mit der Verlobung, nicht aber, daß diese im Namen der Kinder erster Ehe, noch weniger aber als deren Vormünder einen Antheil an den folgenden Bestimmungen als Mitcontrahenten genommen haben, wozu sie nicht berufen und berechtigt sind, sondern sie erscheinen damit blos als Zeugen. Ebensowenig können die dabei thätigen Gerichtspersonen zugleich das Amt der Vormünder vertreten haben. — (Erk. des Rev.-Ger. J. S. Schneider gegen Berberich vom 3. März 1801.) — Auch die Zuziehung der Eltern zu Erbverträgen der Kinder über ihr Eheeinbringen ist nicht erforderlich, denn nirgends besteht eine Vorschrift, welche den Ehegatten untersagt, für den Fall kinderlosen Sterbens über das ihnen nach M. L. R. zustehende eheliche Vermögen ohne Einwilligung der Eltern zu Gunsten ihres Gatten letztwillig zu verfügen. Es ergibt sich vielmehr aus Tit. VIII. § 8 und Tit. IX., daß die Eheleute in dieser Beziehung nur durch die Pflichttheilsberechtigung ihrer Eltern beschränkt sind. (A. G. E. vom 12. Mai 1865 Nr. 310.)

Theil derselben übernehmen (§ 17), wogegen die Einsetzung auf eine gewisse Sache ihn nur als Singularsuccessor, als Legatar ohne Haftungspflicht für die Schulden erscheinen läßt.

Haben sich beide kinderlose Gatten über die Einsetzung einer dritteren Person als Erben geeinigt, so ergibt sich daraus für sie die Verbindlichkeit keinen anderen, als jenen Dritten zum Erben einzusetzen, dieser aber erwirbt keine Rechte aus dem Ehevertrag, wenn er die ihm darin ausgesetzten Vortheile nicht ausdrücklich acceptirt. (Mittermeier, d. Pr. R. § 360.)

Ist in den Eheverträgen über die Erbfolge der Eheleute Bestimmung getroffen, und ihnen die statutarische Portion nicht ausdrücklich vorbehalten, so folgt daraus, daß sie der statutarischen Succession entsagt haben, da sie der Natur der Sache nach nicht auf doppelte Weise erben können. (Leyser, spec. 307. m. 5. — Rechtslexikon von Weiske III. S. 606. — Glück, Comm. Bd. 25. S. 380. — Vergleiche § 174 a.)

§ 22.

E. Auflösung der Eheverträge.

Da die Eheverträge nur in Absicht auf die zu schließende Ehe und deren Fortdauer bis zum Tode eingegangen werden, so verlieren sie ihre Gültigkeit: 1) wenn die Ehe gar nicht erfolgt, oder 2) wenn sie durch Scheidung wieder getrennt wird [1]). Ferner ergibt sich aus der Vertragsnatur, daß sie 3) durch gegenseitige Einwilligung der Gatten insoweit aufgehoben werden können, als Drittere nicht bereits Rechte daraus erworben haben, und daß 4) zu den Aufhebungsgründen eines Ehevertrages auch zu rechnen sind: Zwang Betrug, Irrthum, wozu auch falsche Vorspiegelungen über den Vermögensstand oder eine sichere Erwerbsquelle gehören, indem der Besitz eines einträglichen Geschäftes die Bürgschaft einer sorgenfreien Existenz der künftigen Familie bietet, und der durch Vorspiegelungen hervorgerufene Irrthum den Irrthum über eine wesentliche Thatsache mit vernichtender Wirkung bildet; 5) in wie weit durch das Notherbenrecht der Kinder ein Erbvertrag resp. Ehevertrag ihrer Eltern ungültig werden kann, ist eben § 2 nr. 1 u. 2. bereits im Allgemeinen erwähnt.

Von den in § 16 aufgestellten Grundsätzen über den Einfluß des Notherbenrechtes auf Erbverträge im Allgemeinen, weichen die deutschrechtlichen Anschauungen über den Einfluß nachfolgender Kinder auf gegenseitige Erbverträge der Gatten wesentlich ab. Das deutsche Recht stellt nämlich den Grundsatz auf „Kinderzeugen bricht Ehestiftung". Es folgt dieser Satz offenbar aus jener Ansicht, daß Verfügungen über gegenseitige Erbrechte der Gatten, auch wenn sie in Eheverträgen geschehen, die stillschweigende Bedingung anklebt, daß die Ehegatten ohne Kinder bleiben. Dieser Rechtssatz geht noch weiter, als die mit dem Notherbenrecht zusammen-

---

[1]) Durch Ehescheidung werden Ehepakten und Erbverträge aufgelöst, und dem geschiedenen Gatten steht dann das Recht zu, Testamente zu errichten. Der schuldige Erbtheil hat sofort die Illaten und Errungenschaft des andern Theiles an diesen oder seine Erben herauszugeben. — Erk. des R. G. J. S. Bickert gegen Pfeifer vom 19. Februar 1794 und 13. Juli 1782.

hängende Beschränkung der Ehe- und Erbverträge [1]), indem darnach Gedinge auf Erbfälle auch dann nicht gültig sein sollen, wenn gleich darin der Kinder gedacht, und diesen ihr Pflichttheil verschafft wurde. Nur wenn sich die Ehepakten auf Ehesteuer und Widerlage beschränken, und lediglich hierüber Verfügungen auf den Todesfall enthalten, sollen sie nach einzelnen Statutarrechten, z. B. Frankfurter Reform. III. Tit. II. § 4, gültig bleiben, und den Kindern blos gestattet sein, für den Fall der Verletzung ihres Pflichttheiles dessen Ergänzung zu fordern.

Allein im Allgemeinen gilt der deutschrechtliche Grundsatz, daß alle Eheverträge nur unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen werden, daß die Ehe zur Zeit ihrer Trennung eine kinderlose sei (Eichhorn, d. P. R. § 347), und daß daher derjenige Inhalt der Ehestiftungen, welcher die Rechte und Verbindlichkeiten auf den Fall einer unbeerbten, kinderlosen Ehe bestimmt, seine Kraft verliert, wenn Kinder in der Ehe nachfolgen, und den Zeitpunkt erleben, wo der Vertrag nach der Absicht der Contrahenten in Erfüllung gehen soll (Runde, d. P. R. § 568). Wenn auch das M. L. R. den Kindern überhaupt nur Rechte auf einen Pflichttheil an dem elterlichen Nachlasse einräumt (Tit. IX. § 1), und den Rechtssatz „Kinderzeugen bricht Ehestiftung“ nirgends erwähnt, so muß doch angenommen werden, daß es nach seinem Geiste der eben gegebenen gemeinrechtlichen Auffassung huldige, weil es den Kindern bei ihrer Uebergehung im Testament die Umstoßung des ganzen Testamentes einräumt (Tit. IX. § 4), und weil in Ansehung der Beraubung ihrer Rechte es der Wirkung nach wenigstens gleichbedeutend ist, ob dieses in einem Ehevertrag oder in einem Testamente geschehen ist, weil ferner das M. L. R. in Tit. IX. § 12 den Kindern sogar nach dem Principe der Verfangenschaft ein Recht, nicht blos eine Anwartschaft auf das Vermögen der Eltern einräumt. Zu übersehen ist jedoch nicht, daß es sich hier immer nur von Kindern handelt, welche zur Zeit der Vertragserrichtung weder am Leben, noch in Aussicht waren, denn in diesem Falle wären ihre Ansprüche nach den in § 16 aufgestellten Regeln zu beurtheilen. Es ändert das Verhältniß auch nicht, wenn die Paciscenten erklären, daß der Ehevertrag als eine gegenseitige Schenkung unter Lebenden [2]) betrachtet werden solle, denn diese Erklärung kann nichts Anderes bedeuten, als daß sie einseitig unwiderruflich sei. Auch solche in Form von Schenkungen unter Lebenden, obgleich unwiderruflich, geschlossene Ehe- und Erbverträge, in welchen der Kinder, welche in der Ehe geboren werden können, nicht gedacht ist, werden nur für den Fall, daß die Ehe kinderlos bleibt, oder doch die Kinder vor dem Schenker ohne Nachkommen versterben sollten, gültig erachtet. (Seufferts Archiv VII. nr. 64).

6) Hierher ist auch die Frage zu rechnen, ob durch Domicilsveränderung ein Einfluß auf die Eheverträge und die ehelichen Güterverhältnisse überhaupt ausgeübt zu werden vermag.

---

[1]) Es scheint, sagt Eisenhart — „Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern Seite 146“ — bei Erklärung des Sprichwortes „Kinderzeugen bricht Ehestiftung“, daß unsere Vorfahren den billigen Gedanken gehegt haben, daß die Kinder ihr Erbrecht mit auf die Welt brächten, und dasselbe ihnen von den Eltern durch keinen Vertrag 2c. entzogen werden könne.

[2]) Eine solche Schenkung könnte nur vor Abschluß der Ehe gültig errichtet werden, weil Schenkungen unter Ehegatten auch nach M. L. R. verboten sind.

Es ist in dieser Beziehung als ein allgemein gültiger Grundsatz zu betrachten, daß die Rechtsverhältnisse der Ehegatten, sowohl die persönlichen, als die Vermögensrechte sowohl während der ganzen Dauer der Ehe, als auch in Ansehung der durch die Trennung eintretenden Rechtsfolgen nach den Gesetzen des Ortes zu bemessen sind, an welchen die Eheleute bei Eingehung der Ehe ihren ordentlichen Wohnsitz nehmen, und daß eine spätere Verlegung an einen anderen unter der Herrschaft anderer Gesetze stehenden Ort keinen Einfluß auf die durch die Ehe begründeten Rechtsverhältnisse sowohl der Gatten zu einander, als auch in Betreff dritterer Personen ausübt; denn diese sowohl als die Ehe selbst werden nicht auf einige Zeit, sondern auf Lebensdauer eingegangen [1]. Auch enthält eine Veränderung des Wohnsitzes an und für sich keine stillschweigende Erklärung, die Güterverhältnisse ändern zu wollen, denn jene ist kein Aufhebungsgrund von Verbindlichkeiten. Andernfalls stünde auch die Veränderung der ehelichen Rechtsverhältnisse dann lediglich im Belieben des Mannes, welchem die Frau bei Wohnortsveränderungen zu folgen schuldig ist, die Frau würde also durch eine einseitige Handlung zu einer Abänderung sogar zu einem Verluste ihrer Rechte genöthigt werden können.

Die Rechte der Gläubiger können allerdings für die Bejahung unserer Frage nicht angezogen werden, nachdem selbstverständlich auf früher entstandene Verbindlichkeiten selbst eine mit beiderseitiger Einwilligung der Gatten getroffene Abänderung keinen Einfluß zu üben vermag. (Mittermaier, d. Pr. R. § 350. — Bülow und Hagemann, Erört. VI. S. 24. — Glück, Com. Bd. 25 S. 269. — Thibaut, System des P. R. § 36. 430. — Seufferts Pand. § 17. 441. — Blätter f. R. A. Bd. XI. S. 92. — Archiv VII. nr. 137, 138. X. nr. 2. 21.)

Es hat daher die an sich wohlbegründete Meinung stets den Vorzug verdient, daß die Güterverhältnisse und Erbrechte der Gatten durch die Veränderung des Domicils nicht aufgehoben oder beschränkt werden können, daß sie vielmehr lediglich nach den Gesetzen des Wohnortes zur Zeit des Eheabschlusses zu reguliren sind.

Daß dieses gleichwie auf die Eherechte auch auf die Eheverträge Anwendung findet, ist begreiflich, weil der Abschluß von Eheverträgen nur da eine Bedeutung hat, wo die Gatten ein anderes als das am Orte ihrer Eheschließung gültige System der Güterrechte aufstellen wollen.

Als Domicil im gesetzlichen Sinne ist jener Ort zu betrachten, wo sich der Mittelpunkt des Verkehres der Gatten befindet, also der bleibende Aufenthalt, worunter jedoch kein nothwendig immerwährender, sondern nur ein so lange andauernder zu verstehen ist, als nicht unvorhergesehene Umstände dessen Veränderung nothwendig machen. l. 7 C. (10. 39.) Es gehört also hierher auch der Wohnsitz eines (selbst nur provisorisch) Angestellten.

Die Ansässigkeit oder der Heimathsort haben darauf keinen Einfluß. Es wird zwar allerdings häufig die Begründung eines Domicils damit verbunden sein, aber nothwendig ist dieses nicht; Heimathsrecht und Ansässigkeit sind nämlich Begriffe des öffentlichen Rechtes, sie bedingen weder

---

[1]) Die Ehe ist ein dauernder Rechtszustand, also auch das ihr als sachliche Basis dienende Güterrecht. (Gengler, d. P. R. S. 1087).

das Domicil, noch haben sie es als wesentlich verschiedene Begriffe zur gesetzlichen Folge, denn die Wahl des Domicils ist eine Handlung freier Willkühr, während jene eine obrigkeitliche Verleihung oder den Geburtsort voraussetzen. Ebensowenig ist der Ort der priesterlichen Trauung darauf von Einfluß, da dieser unter Umständen ein ganz zufälliger, einen nur ganz kurzen Aufenthalt bedingender, sein kann.

Ebenso sicher steht jedoch dem obigen Rechtssatze jener entgegen, daß die Gatten eine Veränderung ihrer ursprünglichen, sei es auf Gesetz oder Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse durch späteren Vertrag aufheben oder abändern können, l. 65. D. (5. 1), also auch durch stillschweigenden Vertrag.

Lassen die gegebenen Umstände mit Gewißheit ersehen, daß mit dem veränderten Domicil der Ehegatten durch stillschweigende Uebereinkunft auch eine Aenderung ihres Güterstandes eintreten sollte, so muß auch das in ihrem neuen Domicil geltende Güterrecht nicht nur bezüglich ihres gegenseitigen Verhältnisses, sondern auch in Ansehung ihrer von jenem Zeitpunkte an eingegangenen Verbindlichkeiten, und in Beziehung zu Dritteren in Wirksamkeit treten. (Seufferts Com. zur bayr. G. O. I. S. 317.)

Auf eine solche stillschweigende Uebereinkunft kann nun aus concludenten Handlungen der Gatten geschlossen werden, wenn entweder beide Ehegatten Rechtsgeschäfte eingehen, welche gerade nur so und in dieser Form nach den Grundsätzen des am neuen Domicil geltenden Rechtes geschlossen zu werden pflegen, oder wenn dieses mit Vorwissen des einen oder anderen Gatten geschieht, und letzterer dazu schweigt, obgleich auch ihm Verbindlichkeiten daraus erwachsen können, z. B. wenn von einer in den Bezirk des M. L. R. übergesiedelten Familie die Frau ihren Errungenschafts-Dritttheil für eine von ihr aufgenommene Schuld verpfändet, und der Mann diese Handlung genehmigt. (O. A. G. E. vom 19. Juli 1864 Nr. 772⁶³/₆₄.)

§ 2.

Wie viel in erster und zweiter Ehe bedungen werde.

„Ein Mann oder Weib mag in denen Ehepakten, „so er oder sie in weitere Ehe schreitet, seinem Ehegenoß an der zukünftigen Errungenschaft so viel „Theil zulegen, als ihme beliebig; Jedoch ist er aus „seiner Verlassenschaft ein mehreres nicht, als ein „Kindstheil zu vermachen fähig, welcher Kindstheil „aber ein mehreres nicht ausmachen kann, als dasjenige Kindstheil betraget, so ein Kind voriger Ehe „zum geringsten Theil bekommt."

§ 23.

Worüber kann in Eheverträgen beim Eingehen einer zweiten Ehe verfügt werden.

Es erregt der vorstehende § 2 des M. L. R. folgende Bedenken: 1) ob es nur bei Eingehung einer zweiten Ehe einem Gatten gestattet ist, dem anderen Gatten einen beliebigen Theil an der Errungenschaft zuzugestehen; 2) was unter dem Worte „Verlassenschaft" zu verstehen sei, und ob etwa der auf den verstorbenen Gatten gefallene gesetzliche

Theil der Errungenschaft gar nicht zu dessen Verlassenschaft gerechnet werde; 3) wie sich der Nachsatz, „daß dem Ueberlebenden nicht mehr zugewendet werden darf, als der geringste Kindstheil eines Kindes voriger Ehe beträgt," damit vereinigen läßt, daß dem Gatten ein beliebiger Theil der Errungenschaft überlassen werden darf, nachdem doch letzterer im Verhältniß zum gesetzlichen Errungenschaftstheil leicht mehr als einen Kindstheil betragen kann.

Zu 1. Offenbar muß die Unklarheit dieser Bestimmung aus der Randbemerkung des § 2 ergänzt werden, so daß sowohl für die erste, als für die weitere Ehe durch Vertrag der Errungenschaftsantheil jedes Gatten beliebig festgesetzt werden kann. Jede andere Erklärung müßte der Anordnung im § 1 widerstreiten, weil dort ohne Rücksicht auf die erste oder folgende Ehe jede die Güterverhältnisse berührende vertragsmäßige Bestimmung gestattet ist, was nur bezüglich der Notherben überhaupt, bezüglich der Kinder erster Ehe aber außerdem bei Eingehung der zweiten Ehe eine Beschränkung erleidet. Die noch zu hoffenden Kinder der weiteren Ehe sind ohnedieß durch den Grundsatz „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" in ihren rechtlichen Ansprüchen durch den Erbvertrag nicht gefährdet. (§. 22. nr. 5.)

Zu 2. Anscheinend wird das Wort „Verlassenschaft" in Tit. III. § 6 des M. L. R. gleichbedeutend mit „Zubringen" gebraucht, indem es dort heißt „unter der Frauen Zubringen oder Verlassenschaft werden gerechnet", so daß man annehmen könnte, der Gesetzgeber habe den einen Rechtsbegriff mit dem andern erklären, und beide in einen Gegensatz zu der Errungenschaft bringen wollen. Allein in der angeführten Gesetzesstelle sollte ihrem ganzen Sinne nach nichts Anderes ausgedrückt werden, als daß der vom Manne der Frau gegebene Brautschatz in ihr Sondergut (Zubringen oder Verlassenschaft) übergeht, und die Gleichstellung des Zubringens mit der Verlassenschaft drückt nur aus, daß die Frau über den erhaltenen Brautschatz gleich wie über ihre Verlassenschaft von Todeswegen verfügen kann.

Ebenso muß aber auch das Wort „Verlassenschaft" in Tit. I. § 2 in dem Sinne des gemeinen Rechtes, nämlich in der Bedeutung des ganzen Nachlasses des überlebenden Gatten, aufgefaßt werden, so daß darunter auch der den letzteren treffende Errungenschaftsantheil begriffen ist.

Wollte man unter „Verlassenschaft" nur das Zubringen des verstorbenen Gatten verstehen, und von dessen Errungenschaftsantheil absehen, so würde der Nachsatz in Tit. I. § 2 und die Bestimmung in Tit. VIII. § 10 in dem Falle ganz bedeutungslos werden, wo beim Mangel eines Zubringens das ganze Vermögen eines Gatten nur aus seinem Errungenschaftsantheile besteht.

Der dem überlebenden Gatten kraft des Gesetzes (Tit. III. § 1) gebührende Errungenschaftstheil kommt natürlich bei der Verlassenschaft des vorverstorbenen Gatten nicht in Betracht, weil er jenem nicht vermöge Erbrechts, sondern als eigener Erwerb gehört. (Vergl. § 205.)

Zu 3. Aus dem zweiten Absatze des Tit. I. § 2 „Jedoch ist er aus seiner Verlassenschaft zc. zc." könnte gefolgert werden, daß die Zuwendungen aus der Errungenschaft der künftigen Ehe nur dann unbeschränkt gestattet seien, wenn aus der ersten Ehe keine Kinder am Leben sind, weil diesen Vorkindern in Tit. I. § 2. Abs. 1, ebenso wie in

Tit. VIII. § 10 des M. L. R. die Zusicherung ertheilt wird, daß sie durch freigebige Zuwendungen an ihren Stief-Parens nicht übermäßig verkürzt werden sollen, in letzterer Gesetzesstelle sogar noch mit dem Beifügen, daß dem Stief-Parens nicht mehr als der geringste Kindstheil beigelegt werden dürfe, es möge dieses geschehen, auf welche Weise es wolle, so daß also hierdurch auch die Zuwendung eines größeren, als des gesetzlichen Errungenschaftsantheiles verboten wäre, falls mit dieser Zuwendung an den zweiten oder ferneren Gatten der geringste Kindstheil voriger Ehe überstiegen würde.

Allein die erstehelichen Kinder haben, so lange keine weitere Ehe von ihren Eltern eingegangen wird, blos ein Recht auf dereinstige Hinterlassung ihres Pflichttheils (M. L. R. Tit. VIII. § 8, Tit. IX. § 5), soferne aber eines ihrer leiblichen Eltern wieder heirathet, sind sie auch berechtigt, zu verlangen, daß der zur weiteren Ehe Schreitende seinem neuen Ehegenossen von seinem eigenen Vermögen nicht mehr zuwende, als der einem erstehelichen Kinde aus diesem Vermögen dereinst zufallende geringste Kindstheil betragen wird. Dieser Kindstheil ist nun aus der Verlassenschaft des betreffenden Elterntheiles zu berechnen, zu dieser Verlassenschaft gehört indeß nur, was der Verstorbene aus dem Wittwenstande als sein Sondergut in die weitere Ehe brachte, und was er dort als Errungenschaftsantheil erworben hat; die Größe dieses zukünftigen Errungenschaftsantheiles kann aber nach den klaren Bestimmungen des Tit. I. § 2 Abs. 1 des M. L. R. durch freie Uebereinkunft der Gatten zweiter Ehe festgesetzt werden; den Kindern erwächst daraus kein Beschwerderecht, und zwar übereinstimmend mit dem gemeinrechtlichen Grundsatze l. 6 D. (42. 8), daß durch das Aufgeben eines möglichen Gewinnes kein widerrechtlicher Nachtheil zugefügt wird; denn die Errungenschaft selbst, also auch der Antheil jedes Gatten an derselben ist immer nur etwas Mögliches, dessen Vortheil durch den ebensogut möglichen Verlust aufgewogen wird. Die Zuwendung eines größeren als des gesetzlichen Errungenschaftsantheiles ist auch keine Handlung bloser Freigebigkeit, weil seiner Größe auch die Größe der zu übernehmenden Ehelasten entspricht.

Diese Auslegung des Gesetzes stimmt ferner mit dem gemeinen Rechte l. 6 C. (6. 9) überein.

Obgleich es nach dem ersten Absatze des Tit. I. § 2 scheint, als habe damit den Brautleuten eine besondere Freiheit eingeräumt werden wollen, so ergibt sich doch aus seinem Inhalte gerade das Gegentheil; man muß diesen Paragraphen vielmehr unter die sog. Strafbestimmungen (poenae secundarum nuptiarum) der zweiten Ehen rechnen, welche in der Absicht ihren Grund haben, daß der übermäßigen Liebe, welche den zur weiteren Ehe schreitenden Ehetheil mehr zum neuen Gatten, als zu den in der Vorehe erzeugten Kindern zieht, eine Grenze gesetzt werde.

Da dieses zum Besten und zur Sicherheit der Kinder erster Ehe gesetzte Recht unbedingt und ohne jede Beschränkung wirken soll, so muß es auch in jenem Falle für anwendbar erklärt werden, wenn der zur weiteren Ehe schreitende Gatte aus der ersten Ehe nicht nur nichts gewonnen, sondern selbst an seinem zugebrachten Vermögen eine Einbuße erlitten hat, in welchem Falle ihm dann eigentlich aus erster Ehe auch keine Verbindlichkeiten hätten erwachsen können.

Dasselbe Verhältniß, welches zwischen Eltern und Kindern gilt, betrifft gemeinrechtlich l. 6 pr. C. (5. 9) auch die Großeltern und

Enkel, sie mögen in väterlicher Gewalt sich befinden oder nicht, ohne Unterschied, ob die Verwandtschaft von dem Vater oder der Mutter herstammt, weil die Enkel nach dem Tode der Eltern diese vorstellen, und (jure repraesentationis) vertreten[1]).

Es bezieht sich diese Bestimmung auch auf die Erbtheile (Kindstheile) aller Vorkinder, ohne Unterschied, ob sie aus erster, zweiter oder dritter Ehe stammen, wenn sie nur noch zur Zeit des Todes ihres betreffenden leiblichen Parens am Leben sind.

Bei der Berechnung des dem Stiefgatten (Stiefvater oder Stiefmutter der Vorkinder) verschafften Vermögensantheiles sind indeß nur jene Verschreibungen einzurechnen, welche auf wirklicher Freigebigkeit[2]) und auf einem gewinnenden Rechtstitel (titulo lucrativo) beruhen. Es kommt daher nicht in Anschlag Alles, was zur Vergeltung oder Entschädigung für aufgewendete Kosten gegeben wurde; jedoch darf darunter keine betrügliche Absicht zur Umgehung des Gesetzes verborgen sein. (l. 6 pr. C. 5. 9.)

Würde daher z. B. durch Ueberlassung eines Gutes unter dem wahren Werthe dem Stief-Parens wirklich mehr zugewendet, als dessen Kindstheil beträgt, so mögen die Kinder erster Ehe eine solche Anordnung insoferne umstoßen, als das zuviel Erhaltene an sie herauszugeben ist, während der weitere Theil der betreffenden Disposition in Wirkung bleibt. Diese Ausgleichung wird am zweckmäßigsten vollzogen, wenn das fragliche Gut nach seinem wahren Werth geschätzt, und die Differenz zwischen dem vom Uebergebenden gemachten Anschlag und dem durch Schätzung gefundenen wahren Werthe unter die Vorkinder gleichmäßig vertheilt wird.

Nur die gewöhnlichen unter Gatten üblichen Geschenke, wie sie in Tit. III. § 6 des M. L. R. gestattet sind, können dabei nicht zur Einrechnung gebracht werden, außerdem aber Alles, was der Stiefgatte vom leiblichen Vater oder von der leiblichen Mutter der Vorkinder aus Freigebigkeit empfangen hat.

Bei dem ganzen Verfahren ist immer nur jenes Vermögen zu Grund zu legen, welches beim Tode des leiblichen Elterntheiles noch vorhanden war, weil erst vom Todestage an die Vorkinder ein Recht darauf erlangen, vorbehaltlich ihrer Rechte wegen Schmälerung des Pflichttheiles (§ 241.). Ob auch der dem überlebenden Gatten auf Grund des Tit. VII. des M. L. R. zustehende Nutzgenuß, oder der durch Ehevertrag oder Testament verschaffte Nutzgenuß bei Ermittlung des Kinds-

---

[1]) Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß auch nach M. L. R. die Großeltern gegen ihre Enkel dieselben Verpflichtungen haben, welche sie gegen ihre leiblichen vorverstorbenen Kinder gehabt hätten. Die Enkel stehen zwar nach M. L. R. nicht unter der Gewalt ihrer Großeltern wie nach gemeinem Rechte, weil durch die Ehe ihrer Eltern diese von selbst emancipirt wurden, allein auch nach gemeinem Recht hängen die Strafen zweiter Ehe nicht mit der elterlichen Gewalt zusammen. l. 6 pr. C. (5. 9.)

[2]) Die Folgen der zweiten Ehe finden auch auf Bestimmungen in Erbverträgen ihre Anwendung, weil ihnen die Gesetze alle und jede Zuwendungen unterwerfen, welche der zweiten Frau von Todeswegen oder unter Lebenden gemacht werden, sobald sie auf bloser Freigebigkeit beruhen, und weil nicht die Form der Zuwendung, ob durch Vertrag, Testament oder Schenkung, in Betracht kommt, sondern deren Inhalt. (Archiv VII. 204.)

theiles nach seinem Ertrag und Werthe zu berücksichtigen ist, muß der Darstellung des Tit. VII. anheimfallen, weil diese Frage mit Feststellung der Natur dieses Nutzgenusses unzertrennlich zusammenhängt (§ 164 u. 215).

Es reiht sich hier noch die Frage an, ob für eine weitere Ehe die allgemeine Gütergemeinschaft verabredet werden kann, wenn aus erster Ehe Kinder vorhanden sind, und wenn in der Vorehe nur die Errungenschaftsgemeinschaft bestand? Diese Frage muß verneint werden, weil ein zur weiteren Ehe schreitender Gatte nach dem klaren Wortlaute des Tit. I. § 2 des M. L. R. im gegebenen Falle über sein eigenes Vermögen nicht willkührlich verfügen kann. Eine solche Willkühr würde aber in der Eingehung einer allgemeinen Gütergemeinschaft liegen, weil von derselben nicht blos der Ehe-Erwerb, sondern auch das beiderseitige Zubringen ergriffen wird, man mag sich eine allgemeine Gütergemeinschaft mit Gesammteigenthum oder auch nur unter der Form des Miteigenthumes denken. Die dadurch die Vorkinder treffenden Nachtheile können auch nach M. L. R. nicht wie z. B. im fränkischen Landrechte durch Grundtheilung oder Einkindschaftung abgewendet werden, indem das M. L. R. eine Abtheilung der Kinder mit der Wirkung der Lösung ihrer Erbrechte einerseits nicht kennt (M. L. R. Tit. IX. § 5), andererseits eine Einkindschaftung nur da möglich ist, wo beide Gatten sich Kinder zubringen. (M. L. R. Tit. II. § 1.)

II. Abschnitt.

Vom Heurathsgut.

§ 3.

Heurathsgut, wem

„Das Heuraths-Gut, wann in denen Ehe-Pacten nichts „anderst versehen worden, fallet nach der Frauen Tod ihren „Erben wieder heim, falls sie keine Kinder hinterlasset, oder „durch eine letzte Willens-Meinung nichts verordnet."

§ 4.

und wann solches heimfalle.

„Nach Ableben des Manns seind dessen Erben der „Frau ihr Heurathsgut, wie hiernach Tit. VII. de usu-„fructu zu sehen, herauszugeben, sie aber ein Viertel Jahr „nach dessen Beerdigung das dem Mann allein zustehende „Haus und Güter zu raumen schuldig; hätten sie aber Kinder „mit einander, so bleibt es gleichfalls bei demjenigen, so „hiernach sub Tit. VII. vom Nießbrauch geordnet ist."

§ 5.

Wann das Zubringen für wahres Heurathsgut zu achten.

„Wann eine Wittib oder ledige Person heurathet, so „wird all dasjenige, so sie ihrem Mann zubringet, nicht pro „dote, oder vor ein Heurathsgut gehalten, sie habe es dann „ausdrücklich zu dem End ihm zugebracht, oder die Wittib „habe auch ihrem ersten Mann all das ihrige pro dote gegeben, „alsdann ist zu erachten, daß dieses auch ihre Meinung „bei ihrer weiteren Verheurathung gewesen seie."

§ 6.

Und die Verbesserungen in selbem zu ersetzen.

„Machte der Mann große Besserungen mit bauen und „dergleichen, in der Frauen Heurathsgut, so müssen sothane „erweißliche Meliorationen ihme nach geendigter Ehe wieder „gegeben werden, es seie dann, daß der Mann aus solchen „Meliorationen schon so viel gehoben, als sie ihn gekostet, oder „dieselbe schon wieder ein End hätten, oder merklich ver„mindert worden wären, es seie durch Unglück oder andere „Fälle; Seind aber diese Meliorationen aus der Errungen„schaft gemacht worden, ist dem Mann mehr nicht, als pro „rata seines Errungenschafts-Antheil daran zu vergüten."

§ 7.

Der Mann ist solches in der Ehe herauszugeben nicht, doch allenfalls Versicherung schuldig.

„Das Heurathsgut ist der Mann während der Ehe „zwar nicht herauszugeben schuldig, obschon er zu verderben „anfinge, oder bei angetretener Ehe schon wäre verschuldet „gewesen, doch ist er auf Verlangen der Frau, Versicherung „dafür zu stellen, oder dieselbe so anzulegen schuldig, daß „die Frau keine Gefahr dabei habe."

§ 8.

Wie das Zubringen sicher zu stellen, auch zu erweisen.

„Weilen bei ereignenden Concursibus Creditorum die „Weiber zu erweisen schuldig, was sie ihren Männern „zum Heurathsgut gegeben oder zugebracht, welches durch „des Manns blose Handschrift oder Quittung nicht hinläng„lich probirt wird, so thun sie Weiber vorsichtlich, wenn sie „dasselbe, sobald es zugebracht wird, durch einen Notarium „und Zeugen, oder durch einen Gerichtsschreiber und einige „Zeugen, oder auch allenfalls durch andere redliche Leut auf„schreiben, und die Specifikation unterschreiben oder sonst „attestiren lassen.

„Unter denen Kindern aber probiret des Vaters Privat„Annotation oder Aufzeichnung seiner Frauen Zubringens „sowohl erster als zweiter Ehe unter beiden Ehen Kindern;

„Deßgleichen wann der Fall zwischen dem lebenden „Vater und Kinderen sich ereignet, so soll der Annotation, oder „der Aussag des Vaters geglaubet werden, es wäre dann, „daß die Kinder ein anderes erweisen würden."

§ 9.

Wie lang die Wittib sich des juris retentionis zu erfreuen.

„So lang die Wittib ihr Heuraths-Gut von denen „Erben nicht bekommt, so mag sie in ihres verstorbenen Ehe„manns Verlassenschaft in so lang (bis sie ihr Heuraths„Gut und Zugebrachtes erhalten) jure retentionis sitzen „bleiben, doch ist sie alles, was sie von ihres verstorbenen „Ehemanns Verlassenschaft einziehet, denen Erben zu ver„rechnen schuldig, dahingegen seind sie auch verbunden, die „Wittib in Kost und Kleider zu erhalten, bis sie ihr Zu„gebrachtes zuruck bekommen haben wird."

§ 10.

Wie es mit denen darauf stehenden Früchten zu halten.

„Anlangend die auf dem Heuraths-Gut und weiblichen „Zubringen stehende respectivé Winter- und Sommer-„Früchten, darmit, und derselben Nutznießung solle es „gehalten werden, wie unter Tit. VII. de Usufructu in „mehrerem zu sehen ist."

II. Abschnitt.

Vom Heurathsgut-dos.

§ 24.

Im Allgemeinen.

Das Wort „Heurathsgut" hat in der Praxis des M. L. R. das Bedenken erregt, ob damit eine besondere Species des weiblichen Zubringens (dos), oder überhaupt alles Vermögen verstanden werde, welches die Frau in die Ehe bringt, und ob das Landrecht das Heirathsgut und das Zubringen der Frau in rechtlicher Beziehung, namentlich in Ansehung der Vorzugsrechte habe gleichstellen wollen [1]). Wie sich aus dieser Darstellung ergeben wird, ist der Unterschied zwischen Heirathsgut und Illat immer noch in mehrfachen Beziehungen von Bedeutung, weßhalb auch die Beantwortung der aufgeworfenen Frage hier versucht werden muß.

§ 25.

Vom Dotalsystem — Begriff des Heurathsgutes.

In der Praxis wird das von unserem Statut rücksichtlich der ehlichen Güterverhältnisse aufgestellte System bisweilen „Dotalsystem mit Errungenschaftsgemeinschaft" genannt, weil die Natur dieses Verhältnisses es mit sich bringe, daß der Mann wie bei dem Dotalsystem des gemeinen Rechtes über sein Eingebrachtes verfügen könne, ohne von der Einwilligung der Frau abhängig zu sein, die Frau aber ebenfalls wie bei dem Dotalsystem bei Veräußerung der Substanz ihres Illates den eheherrlichen Consens des Mannes nur soweit nöthig habe, als nicht Gesetze oder Verträge ein Anderes gestatten, und weil das Anrecht der Frau auf einen Theil der Errungenschaft für sie kein Recht begründe, den Mann in der Verfügung über die Substanz seines Zubringens und des Gemeingutes zu beschränken.

In wie weit diese Zusammenfassung in den charakteristischen Merkmalen unseres Systemes begründet ist, kann natürlich erst durch die Beleuchtung der einzelnen Materien des Gesetzes selbst klar werden, weßhalb hier kein besonderer Werth auf diese Redensart zu legen ist.

Bezüglich unserer Frage muß zugegeben werden, daß das Wort

---

[1]) Bopp, Beiträge zum Verständniß der vier mittelrheinischen Landrechte. Bd. I. S. 142.

„Heurathsgut" zwei ganz verschiedene Bedeutungen hat, die man sorgfältig unterscheiden muß. Bald hat es einen sehr weiten Sinn, und bedeutet das Gut, welches jeder Ehegatte, unter welcher Form des Güterrechtes es sei, bei der Verehlichung mitbringt, um den Bedürfnissen des Hauswesens abzuhelfen, bald hat es dagegen einen ganz speciell technischen Sinn, und wird nur von jenem Gute gebraucht, welches eine Frau mitbringt, die sich unter Dotalrecht verheirathet, und welches auch wirkliche Dotaleigenschaft erhält.

So viel steht nach Tit. I. § 5 fest, daß das Heirathsgut nach M. L. R. nur durch Vertrag oder Erklärung der Frau resp. Braut diese Eigenschaft der dos erlangen kann, weil selbst dann, wenn diese Eigenschaft von dem Gesetz bei einer weiteren Ehe vermuthet wird, eine deßfallsige Uebereinkunft bei der früheren Ehe stattgefunden haben muß[1]). Im Uebrigen sind die Bestimmungen über das Heirathsgut, soferne nicht durch Verträge Abänderungen gemacht werden, meistens aus dem römischen Rechte in das M. L. R. übergegangen, welches auch die Widerlage (Brautgabe, Morgengabe) des Mannes im Tit. XVII. § 2 und Tit. XXII. § 1 nr. 11 nur erwähnt, und sie somit ganz den gemeinrechtlichen Bestimmungen überläßt.

Wollte man damit, daß die dos vertragsmäßig nach M. L. R. vorkommen kann, dem güterrechtlichen Systeme der Ehe den Dotalcharakter aufprägen, so könnte dieses ebensogut bezüglich jedes anderen Güterrechtes, z. B. der allgemeinen Gütergemeinschaft geschehen, da nach Tit. I. § 1 den Gatten freisteht, ihre güterrechtlichen Verhältnisse ganz beliebig zu ordnen.

Indem das M. L. R. die Bestellung einer dos in der gegebenen Weise nur zuläßt, nicht aber als Regel aufstellt, verfährt es konsequent, da die dos als ein Institut des römischen Rechtes mit dem Grundsatze zusammenhängt, daß die Ehe nur eine persönliche Lebensgemeinschaft, nicht aber eine Gemeinschaft der Güter erzeuge, daß aber gleichwohl dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten eine Gabe (dos) als Beitrag der Frau gebühre, während sich die dos mit den deutschen Rechtsbegriffen über vollständige oder wenigstens theilweise Gemeinschaftlichkeit [2]) der den Gatten (nur vor oder nach der Ehre gesondert)

---

[1]) Der in l. 85 pr. D (50. 17), l. 70 D. (23. 3) ausgesprochenen Grundsatz des römischen Rechtes, daß in zweifelhaften Fällen das Einbringen der Frau für eine dos gehalten werden soll, ist durch Tit. I § 5 des M. L. R. abgeändert, es soll vielmehr die gegentheilige Vermuthung gelten; dagegen folgt das M. L. R. den gemeinrechtlichen Bestimmungen l. 30 D. (23. 3), welche verordnen, daß ein Heirathsgut, welches für die frühere Ehe gegeben wurde, nicht anders in die spätere Ehe verwendet werde, als wenn dieses beabsichtigt wird, daß aber diese Absicht immer zu vermuthen ist, wenn nicht bewiesen wird, daß man über etwas Anderes übereingekommen sei.

Bei der Verschiedenheit der Bezeichnungen für Heirathsgut z. B. Ehesteuer, Mitgift, Brautschatz rc. ist es zweckmäßig, in den betreffenden Verträgen zur Vermeidung von Unsicherheit das Wort „Heurathsgut" zu wählen.

Ausfertigung ist eine Nebengabe, welche meistens in Kleidern, Weißzeug, Betten, Schmuck, Hausgeräthen besteht, und zum Zubringen gehört, wenn sie nicht ausdrücklich als Vermehrung des Heirathsgutes gereicht wurde. (Lauterbach, ad Pand. Tit. 3. § 3.)

[2]) Bei der Errungenschaftsgemeinschaft des M. L. R. Tit. III. § 3 werden nämlich die in Ansehung des Eigenthums gesonderten Güter der beiden Gatten wenigstens dem Gebrauche nach während der Ehe gemeinschaftlich, und befinden sich daher auch in der Verwaltung des Mannes, als Haupt der Gemeinschaft und der Familie.

gehörigen Güter eigentlich gar nicht verträgt. Das Landrecht hat darum auch gerade den wesentlichsten Grundsatz der dos, daß an körperlichen Sachen derselben dem Manne das Eigenthum gebühre, und ihm allein die Früchte der Dotalsachen mit den daran klebenden Lasten zufalle, aus dem römischen Rechte nicht herübergenommen, indem es nach Tit. III. § 1 das Eigenthum an allem Zugebrachten der Frau vorbehält, aber die Früchte und Nutzungen alles Zugebrachten nach Tit. III. § 3 in die Errungenschaft gelangen läßt. So sind von dem Wesen der dos, welche nach ihrem Charakter Vortheile des Ehemannes bezwecken sollte, hauptsächlich nur die Vorzugsrechte der Frau unverändert geblieben, m. a. W. es ist durch Uebertragung römisch-rechtlicher Grundsätze auf das deutsch-rechtliche Heirathsgut eine wesentliche Umgestaltung dieser Rechtsmaterie eingetreten.

Rücksichtlich einer Frage übt indeß doch noch das aus dem gemeinen Rechte fließende interimistische Eigenthum des Mannes auch nach M. L. R. seinen Einfluß, weil diese Folgerung dem System dieses Statuts nicht widerstreitet, nämlich bezüglich der Frage, ob wegen vorehlicher Schulden der Ehefrau, die von derselben dem Manne zugebrachten Dotalgüter angegriffen werden können. Da das Heirathsgut nur aus freiem Vermögen nach Abzug der Schulden bestellt werden kann, so kann das dem Manne an den Dotalgütern zustehende dominium civile, und deren Bestimmung zur Bestreitung der Bedürfnisse des ehlichen Haushaltes volle Wirksamkeit nur auf ein aus schuldenfreiem Vermögen bestelltes Heirathsgut äußern, wo also außer dem Heirathsgut kein weiteres zureichendes Illat der Frau besteht, müssen die vorehlichen Schulden darauf angewiesen werden. Bei ehlichen Schulden, welche der Schließung der Ehe und der Festsetzung des Heirathsgutes nachfolgen, ist die Zuziehung des Heirathsgutes eventuell nur bei Schulden aus gemeinschaftlicher Handelschaft (Tit. IV. § 3) zulässig, weil dabei Mann und Frau gleichmäßig als Selbstschuldner erscheinen, der Mann also auch als verzichtend auf sein dominium interimisticum anzusehen ist. (O. A. G. E. vom 14. April 1826. J. S. Limbach gegen Götz.)

Ungeachtet dieser Umgestaltung hat man allenthalben in den deutschen Statutarrechten in allen übrigen Punkten die römisch rechtlichen Grundsätze für Beurtheilung der dos beibehalten. Die Dotalgüter treten daher auch jetzt noch den Paraphernal- und Receptiz-Gütern streng geschieden gegenüber, und es muß angenommen werden, daß auch das M. L. R. an der dos diese Unterschiede zur Geltung gebracht wissen wollte, denn sonst wäre die Bestimmung in Tit. I. § 5, daß nur dasjenige Vermögen für Heirathsgut zu achten sei, was ausdrücklich als solches zugebracht wurde, völlig unnütz und bedeutungslos. Durch diese Gesetzesstelle ist das Wort „Heurathsgut" für gleichbedeutend mit der dos des subsidiär gültigen gemeinen Rechtes erklärt, soweit nicht durch das M. L. R. selbst Abänderungen an den gemeinrechtlichen Bestimmungen getroffen sind. Es wird dieses völlig klar durch Tit. I. § 9, wo „Heurathsgut und Zubringen" als verschiedenartige Vermögensbestandtheile der Frau dargestellt sind, weil die Worte „bis sie ihr Heurathsgut und Zugebrachtes erhalten" sonst eine Tautologie wären, die von dem Gesetzgeber nicht vorausgesetzt werden darf. Hiemit stimmt auch Tit. III. des Gesetzes überein, welcher von der Errungenschaft und vom Zubringen handelt, und wo auch in den §§ 1, 2, 3, 4 u. 6 immer nur

vom Zubringen und Zugebrachten sowohl Seitens des Mannes, als Seitens der Frau gesprochen wird, das Zubringen also etwas Anderes bedeuten muß, als das in Tit. I. behandelte Heirathsgut der Frau, welches überhaupt nur auf Seite der Frau als dos nach den allgemeinen Rechtsbegriffen vorkommen kann.

In demselben Gegensatze erscheinen Heirathsgut (dos) und Zubringen auch in Tit. XXIII. § 7, wo verordnet ist, daß der Mann Liegenschaften, mögen sie aus dem Heirathsgut oder aus dem Zubringen der Frau herrühren, ohne der Letzteren Einwilligung nicht veräußern darf.

Eine besondere Bedeutung hat dieser Unterschied in Bezug auf die während der Ehe gemachten Schulden, indem nach Tit. IV. § 1 in subsidium der Errungenschaft die absonderlich von einem Ehegatten gemachten Schulden aus dessen Zugebrachtem, nach § 3 die Handelsschaftsschulden aus dem Zubringen oder aus dem Heirathsgut, und die Bürgschaftsschulden nach § 4 aus der dos und dem Zugebrachten bezahlt werden sollen. — Schlüßlich ist noch zu erwähnen, daß in Tit. XXII. § 1 nr. 11 bei dem Vorzugsrechte der Frauen im Concurs, so weit es die Separation betrifft, nur des Heirathsgutes resp. der Dotalgüter ausdrücklich Erwähnung geschieht, es also bezüglich des Zubringens (Illat, Paraphernalvermögen) bei dem gemeinen Rechte belassen wurde, womit übereinstimmt, daß nach Tit. XIX. § 4 dem Heirathsgut eine privilegirte Hypothek in II. Klasse (wenn es nicht mehr in natura vorhanden ist), dem übrigen Zubringen aber eine stillschweigende Hypothek in III. Klasse (Tit. XXII. § 5) eingeräumt wurde.

An allen diesen Orten tritt der Gegensatz des Heirathsgutes mit dem Zugebrachten hervor.

Die Praxis hat dieses Verhältniß auch so aufgefaßt, nur werden nicht selten in Eheverträgen die Rechtsbegriffe „Heurathsgut und Widerlage“ unter dem gemeinsamen Namen „Morgengabe“ nach dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens ausgedrückt. Es gibt aber zugleich diese Praxis zu erkennen, daß der Volkssinn immer noch theilweise an der ursprünglichen deutschen allgemeinen Gütergemeinschaft unbewußt festhält, indem er unter der Bezeichnung Morgengabe dem überlebenden Gatten, wenigstens einen Theil seines Vermögens als Eigenthum bewahrt wissen will.

Um darzustellen, worin die Wirkungen eines eigentlichen Heirathsgutes auch jetzt noch bestehen, mag es nicht ohne Nutzen sein, die Bestimmungen des subsidiären gemeinen Rechtes über dos und parapherna mit jenen des M. L. R. zu vergleichen, um prüfen zu können, ob dieses subsidiäre Recht mit dem Statut übereinkommt, wie es etwa davon abweicht, und ob das M. L. R. besondere Schwierigkeiten darbieten würde, wenn man unter den von ihm gebrauchten Worten „Heurathsgut“ die dos, und unter „Zubringen“ die Pharaphernalgüter der Frau im eigentlichen Sinne begreifen will.

1) Gemeinrechtlich wird die Bestellung einer dos, d. h. die Dotaleigenschaft des Zubringens der Frau, vermuthet, während nach M. L. R. derjenige, welcher sie behauptet, sie beweisen muß (§ 25. not. 1).

2) Von Sachen, welche in der ersten Ehe H. G. waren, wird in der zweiten Ehe dieselbe Eigenschaft vermuthet, wenn die weitere Ehe ohne Zeichen einer Willensänderung von derselben Frauensperson eingegangen, und die dos nicht an einen dritten Geber zurückgefallen war.

(Thibaut, § 333). Diese Bestimmung ist im Landrecht Tit. 1. § 5 wiederholt.

3) Während der Ehe ist der Mann gemeinrechtlich immer Herr (dominus) der dos [1]). Er ist daher befugt, die Dotalsachen zu verwalten, alle Früchte davon zu ziehen, und sie auf jede an sich erlaubte Art zu benützen, ohne daß er Rechnung von seiner Verwaltung abzulegen oder Caution zu bestellen brauchte. Auch die Accessionen der dos gehören ihm während der Ehe. — [Vergl. § 82. — l. 10 §. 1. D. l. 32. l. 65 D. (23. 3) l. 1. 2 C. (5. 20).]

Ueber den Umfang des Verwaltungsrechtes [2]) des Mannes enthält das M. L. R. nichts Ausdrückliches, es muß also die gemeinrechtliche Lehre im Sinne des M. L. R. angewendet werden. Nach l. 7. D. (23. 3) gehören die Früchte des Heirathsgutes nach der Billigkeit dem Ehemann, weil dieser die Lasten der Ehe trägt. Nach M. L. R. ruhen aber diese Lasten auf der Errungenschaftsgemeinschaft, die Früchte fallen daher in diese; die Verwaltung steht folglich dem Manne nur als Haupt der Gemeinschaft, nicht als Eigenthümer der dos zu. Ferner gehört nach M. L. R. die dos gemäß Tit. III. § 1. u. 2. zum Eigenthum der Frau, die Früchte und Nutzungen fallen aber gemäß Tit. III. § 3 in die gemeinschaftliche Errungenschaft, gehören also dem Manne nicht ausschließlich, sondern nur zu $^{2}/_{3}$ [3]).

4) Der Mann darf die beweglichen vertretbaren Dotalsachen [4]) frei und ohne Zustimmung der Frau veräußern. l. 42 D. (23. 3) [5]).

---

[1]) Herr, aber nicht Eigenthümer. „Die Gegenstände des Heirathsgutes haben sowohl von Anfang an der Ehefrau gehört, und sind auch im natürlichen Eigenthum derselben verblieben. Denn deßhalb, weil sie nach der Spitzfindigkeit der Gesetze in das Eigenthum des Ehemannes übergegangen zu sein scheinen, ist nicht der wahre Sachverhalt vernichtet oder verdunkelt.“ l. 30. C. (5. 12).

[2]) Zum Verwaltungsrechte des Mannes gehört auch die Berechtigung, die Schuldner auszuklagen, und die zur dos gehörigen Immobilien von jedem Besitzer zu vindiciren. l. 9. C. (3. 32.)

[3]) In Tit. XXII. § 1. nr. 11 heißt es allerdings: „daß während der Ehe die Gläubiger den Nutzgenuß am Heirathsgut, welcher dem Manne zukommt, nicht haben sollen. Allein der Mann hat diesen Nutzgenuß nur als Verwalter zu Ehezwecken, und es gelangt daher derselbe durch den Mann in die Errungenschaft.

[4]) Solche zum Heirathsgut gegebenen Sachen, welche nach Gewicht, Zahl und Maas berechnet werden, stehen auf Gefahr des Ehemannes, weil sie zu dem Zwecke gegeben werden, daß der Ehemann über sie nach seinem Gutdünken verfüge, und entweder er selbst oder sein Erbe einst nach aufgelöster Ehe andere von derselben Gattung und Beschaffenheit zurückerstatten solle.

[5]) Vergleiche jedoch rücksichtlich des Zubringens der Frau § 82. Nach neuerem römischen Rechte — l. u. C. (5. 13) — ist dem Ehemann die Veräußerung der Dotal-Immobilien sogar dann verboten, wenn die Frau einwilligt; die Frau selbst war um so weniger dazu berechtigt, da sie nicht als Eigenthümerin derselben angesehen wurde. J. (2. 8). Die Unveräußerlichkeit des Heirathsgutes war die Grundlage des Dotalsystemes, und der Hauptgegenstand der auf diese Materie sich beziehenden Gesetze; der Brautschatz war die Hoffnung der Kinder und die Hülfsquelle der Familie; nothwendig war es daher, Maßregeln zu ergreifen, damit sie weder durch die Verschwendung des Mannes, noch durch die Nachgiebigkeit der Frau und die Schwäche ihres Geschlechtes deren beraubt werden könnten. Das Heirathsgut war mit einer Art von gesetzlichem Fideicommiß belegt, welches alle Vortheile eines solchen in sich faßte, ohne mit irgend einer seiner Inconvenienzen verknüpft zu sein. Auch das M. L. R. spiegelt den Grundcharakter dieser gemeinrechtlichen Bestimmungen ab, indem es der Frau das Eigenthum am Heirathsgut (Tit. I. § 9) zurückbehält, ihr während der Ehe (Tit. I. § 7) den Antrag auf Sicherheitsleistung, und nach Auflösung der Ehe ein Retentionsrecht (Tit. I. § 9) gestattet, indem es

In Ansehung der unbeweglichen Dotalgüter ist aber dem Mann jede freiwillige Veräußerung ohne Einwilligung der Frau verboten. pr. J. (2. 8) Gaj. II. 63. Veräußert der Mann dennoch ein Dotalgrundstück, so kann die Frau eine solche Veräußerung von der Zeit an, wo sie oder ihre Erben die Zurückerstattung der dos fordern können, als nichtig anfechten. (Seufferts P. R. § 455).

Ueber die Veräußerung von Mobilien enthält das M. L. R. nichts, es verweist also auf das gemeine Recht um so mehr, als es bezüglich der Veräußerung von Liegenschaften aus dem Heirathsgut in Tit. XXIII. § 7 genau die gemeinrechtlichen Anordnungen nur mit dem Zusatz resp. mit der Abänderung wiederholt hat, daß die Anfechtung des Verkaufes binnen 10 Jahren geschehen muß. Veräußerungen von Mobilien begründen jedoch Ersatzansprüche der Frau. — Vergl. §. 82.

5) Die Pflichten des Ehemannes in Rücksicht der dos bestehen während der Ehe gemeinrechtlich darin, daß er deren Einkünfte ihren Zwecken gemäß zum Besten der Ehe verwendet, und daß er, da er während der Ehe allen Nutzen davon zieht, auch alle darauf haftenden Lasten, und die Kosten tragen muß, welche zu Gewinnung der Früchte erforderlich sind. l. 3 § 1. l. 13. 16 D. (25. 1).

Nach M. L. R. Tit. III. § 3 fallen die Früchte und Nutzungen, wie schon erwähnt, in die Errungenschaftsmasse, aus welcher daher auch die Lasten zu tragen sind.

6) Im Falle unordentlicher Verwaltung der dos kann nur für die wahnsinnige Frau auf Sicherheitsmaßregeln angetragen werden. l. 22 § 8 D. (24. 3) l. 1. 2 C. (5. 20).

Nach M. L. R. ist der Mann während der Ehe zwar nicht schuldig, das Heirathsgut herauszugeben, doch ist er gehalten, auf Verlangen der Frau Sicherheit hiefür zu leisten. (Tit I. § 7).

7) a) Bei dem Tode der Frau fällt gemeinrechtlich die dos profectitia an den Vater, die dos adventitia an die Erben der Frau. l. 6 pr. D. (23. 3) l. 4 C. (5. 18) l. 29 § 1. l. 22 pr. D. (24. 3) l. u. § 13 C. (5. 13); b) bei dem Tode des Mannes fällt jede dos, wenn keine besonderen Verabredungen getroffen sind, an die Frau zurück. l. 2 D. (24. 3) l. u. § 11 C. (5. 13).

Nach M. L. R. Tit. III. gehört die dos zum Zubringen der Frau, und gebührt daher nach ihrem Tode ihren Erben. Nach dem Ableben des Mannes sind dessen Erben der Frau ihr Heirathsgut herauszugeben schuldig. (Tit. I. § 4. 9.) — Der Unterschied zwischen

---

ferner den Weibern dafür eine privilegirte Hypothek (Tit. XIX. § 4) gewährt, die Einwilligung der Frau zu freiwilligen Veräußerungen erst nach vorgängiger Belehrung und Verzicht auf ihre Rechtswohlthaten (Tit. XXIII. § 7) als rechtsverbindlich erachtet, und selbst bei Zwangsveräußerungen den Gläubigern darauf nur einen Zugriff wegen Eheschulden, und auch dann erst nach Entschöpfung aller übrigen Mittel (Tit. XXII. § 1 nr. 11) gestattet. Auch nicht einmal der Nutzgenuß der Dotalgüter kann aus Rücksicht auf den Bestand der Ehe für nicht-ehliche Schulden von den Gläubigern in Anspruch genommen werden (Tit. XXII. § 1 nr. 11), und hieraus folgt, daß auch die Frau selbst nicht berechtigt sein kann, diesen Nutzgenuß der Ehe zu entziehen, selbst wenn sie damit Kinder ihrer ersten Ehe ausstattet, wozu sie doch unter Umständen verpflichtet sein kann — (§ 180) — die Vorkinder sind in einem solchen Falle verpflichtet, den Nutzgenuß der Ehegemeinschaft zu belassen, bis diese selbst sich endigt. — Die Frau kann ihr Heirathsgut auch nicht verschenken. l. 21 C. (8. 54).

dos profectitia und adventitia ist daher in Ansehung des Rückfalles aufgehoben.

8) Die Früchte aus der bei Auflösung der Ehe laufenden Fruktifikationsperiode gehören gemeinrechtlich dem Manne nach Verhältniß der Zeit der Dauer der Ehe in dieser Periode, der andere Theil der Frau oder deren Erben. l. 7 § 1 D. (23. 3) l. 7 pr. § 1. 2. 3. 6. 7. 8. l. 31 D. (24. 3) l. u. § 9 C. (5. 13).

Bezüglich der Früchte ist das Heirathsgut nach M. L. R. I. § 10 mit dem Zubringen gleichgestellt. (§ 173).

9) Die Dotalgrundstücke sind gemeinrechtlich sogleich nach getrennter Ehe, alle übrigen Dotalsachen binnen Jahresfrist zurückzugeben. l. u. § 7 C. (5. 13).

Nach Tit. I. § 4 u. 9 des M. L. R. muß das Heirathsgut ohne Unterschied, ob Mobiliar oder Immobiliar sogleich von den Erben des Mannes an die Frau zurückgegeben werden, bis zum Empfang hat sie ein Retentionsrecht am Vermögen des Mannes.

10) An dem Paraphernalvermögen bleibt der Frau gemeinrechtlich das alleinige und unbeschränkte Eigenthum, sie kann es beliebig veräußern, und der Mann hat keine Rechte daran, als diejenigen, welche ihm die Frau daran einräumt. Hat sie ihm die Verwaltung gestattet, so ist er verbunden, Rechnung zu legen, und den absichtlich oder aus Nachlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen. Die Frau hat zu ihrer Sicherheit eine gesetzliche, aber nicht privilegirte Hypothek am Vermögen des Mannes (Glück, Com. Bd. XXV. § 1240).

Nach Tit. III. § 1 des M. L. R. dagegen erhält die Frau ihren Einbring erst bei Auflösung der Ehe zurück, bis dahin ist es folglich in der Verwaltung des Mannes, und dient der Gemeinschaft. Zuwachs oder Verlust gehören zur Errungenschaft oder Verrungenschaft Tit III. § 3, und an beiden ist die Frau mit 1/3 betheiligt. Die Haftung des Mannes für Verlust bemißt sich nach Tit. III. u. IV. des M. L. R.

Wegen des übrigen Zubringens außer dem Heirathsgute ist die Frau Gläubigerin des Mannes, denn sie hat an dessen Vermögen eine gesetzliche Hypothek. (Tit. XIX. § 4. Tit. XXII. § 3. 5. des M. L. R.)

Aus diesen Vergleichungen ergeben sich folgende höchst wichtige Grundsätze des M. L. R.:

1) Daß das Heirathsgut nur da, wo es bei völliger ehlicher Gütertrennung erscheint, den Charakter der römischen dos behauptet, während es in Verbindung mit der Errungenschaftsgemeinschaft eine wesentliche Veränderung annimmt, indem dann die Renten des Heirathsgutes nicht dem Manne allein, sondern der Ehegemeinschaft gehören.

2) Daß das Wort Heurathsgut im M. L. R. überall in dem gesetzlichen strikten Sinne gebraucht ist, und daß das Heirathsgut zwar zu dem Zubringen der Frau gehört, ohne daß jedoch dadurch letzteres an und für sich den gesetzlichen Charakter des Heirathsgutes hat.

3) Daß der Gesetzgeber diesem Unterschiede eine wirkliche Bedeutung beigelegt, diese Bedeutung auch in verschiedenen Materien des Landrechtes ausgeprägt hat.

Richtig ist es zwar, daß, nachdem das Statut dem Manne die gesammte Verwaltung sowohl der Dotal- als Pharaphernal-Güter in der

Vereinigung ihrer Nutzungen und Früchte durch die Errungenschaftsgemeinschaft übertragen hat, ein Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen Dotal- und Paraphernalvermögen hinweggefallen ist, allein doch bleibt der Unterschied wirksam bezüglich der Rechte der Gatten resp. der Frau a) während der Ehe, b) bei Auflösung der Ehe insbesondere durch Ehescheidung.

Rechte an dem Heirathsgute.

§ 26.

a) Während der Ehe.

Ausgeführt ist bereits, daß dem Heirathsgut nach M. L. R. Tit. XIX. § 4 und Tit. XXII. § 1 nr. 11 eine privilegirte Hypothek und Separationsrecht zur Seite steht, falls die von der Frau als Heirathsgut zugebrachten liegenden Güter und Mobilien („Effekte") dem Mann nicht um einen bestimmten Preis verkaufsweise überwiesen wurden, und beim Ausbruche des Concurses des Mannes noch vorhanden sind. Durch dieses Recht hatte die Frau ein Pfandrecht an den Pfändern aller übrigen Pfandgläubiger, soferne diesen vom Manne, oder durch Exekution, die Objekte des Heirathsgutes als Pfänder versichert waren, sie ging also mit ihren Ansprüchen allen auf ihr Heirathsgut erworbenen Rechten vor, und konnte ihr Heirathsgut separiren und vindiciren, weil sie daran schon ein Pfandrecht hatte, bevor die Sache an den Schuldner (ihren Mann) kam; sie besitzt sonach das allerstärkste Recht daran [1]). (Thibaut § 801 u. 802. E. des R. G. vom 1. Oktober 1800. J. S. Wirth gegen Büttner.)

War das Pfand nicht mehr vorhanden, so wirkte das Recht der Frau mit gleicher Kraft gegen alle Güter des Mannes als privilegirte (qualifizirte) Hypothek (M. L. R. Tit. XXII. § 3 nr. 1), welche nach § 12 des Hypotheken-Gesetzes von 1822 für Bayern in einem Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek übergegangen ist.

Dieser Unterschied zwischen Dotal- und Paraphernalgut in Hinsicht des privilegirten Unterpfandsrechtes ist als ein gemeinrechtlicher, mit dem M. L. R. vollkommen übereinstimmender rücksichtlich der Partikular-Gütergemeinschaft anzusehen [2]).

---

[1]) Die Vorzugsrechte der Frau, wie sie derselben durch das M. L. R. und das Prioritätsgesetz von 1822 § 23 nr. 3 eingeräumt sind, kommen auch ihren Erben zu, da nach l. 37 D. (29. 2) der Erwerb der Erbschaft den Eintritt in alle Rechtsverhältnisse des Erblassers begründet, so weit es nicht bloß an der Person haftende (höchst persönliche, z. B. Statusrechte), sondern Vermögensrechte sind, welche von den Erben ausgeübt werden können, sie müßten denn als der Person des Erblassers anklebend vom Gesetze ausdrücklich bezeichnet sein. Es gilt dieses auch von Privilegien, wozu nicht alle Forderungen der Frau an ihren Mann, sondern nur das Heirathsgut, Illat ꝛc. gehören, und zwar nicht wegen der Person, sondern wegen der rechtlichen Natur der bevorzugten Forderung, beruhend auf den Beschränkungen der Frau, und den ausgedehnten Befugnissen des Mannes an diesen speziell vom Gesetze benannten Forderungen. (l. 68 D. de R. j. — O. A. G. E. vom 11. Juli 1853 Nr. 1057 51/52. — Vangerow, Leitfaden § 386. — Archiv Bd. I. S. 458 nr. 412.) Dieses Vorzugsrecht steht auch beim Ableben der Mutter den Kindern, selbst den unehlichen gegen ihre Stiefmutter zu (Archiv II. nr. 267).

[2]) Heeser, loci communes de bonorum inpr. adquaestuum conjugalium communione P. II loc. 12—14. — Scherer, Lehre von der ehlichen Gütergemeinschaft § 204. — Eichhorn, d. P. R. § 312.

Das übrige Einbringen der Frau hat nach Tit. XIX. § 4 ausdrücklich nur eine stillschweigende Hypothek, d. h. jetzt ebenfalls einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek nach § 12 des Hypotheken-Gesetzes, dessen Wirksamkeit aber natürlich durch den wirklich erfolgten Eintrag bedingt ist, widrigenfalls die Frau mit ihren Ansprüchen nach § 23 der Prioritäts-Ordnung nur in die IV. Klasse der Gläubiger zu stehen kommt. Separationsrechte gebühren der Frau für das eigentliche Zubringen nicht. Diese provinzialrechtlichen Grundsätze der Separation sind durch das bayr. Hypothekengesetz nicht aufgehoben. Wie nämlich § 1 des Einführungsgesetzes deutlich sagt, wollte eine Beschränkung der seitherigen Befugnisse weder zwischen Eltern und Kindern, noch bezüglich der Rechte der Gatten, überhaupt keine Veränderung im Familienrechte gemacht werden; die Absicht des Hypothekengesetzes blieb vielmehr überall bei der Voraussetzung stehen, daß sie sich mit den jeden Orts bestehenden Civilgesetzen vertrage (O. A. G. E. vom 6. Juli 1847 Nr. 6261). Noch deutlicher ist diese Bestimmung des Hypothekengesetzes ausgeprägt in § 3 nr. 4 und § 30 der Prioritätsordnung, wo überall auf die Rechte und Haftung der Ehefrau nach den gültigen civilrechtlichen Bestimmungen gegenüber den Gläubigern verwiesen ist.

Die Wichtigkeit dieser Frage kann nicht bezweifelt werden, wenn man weiß, daß nichts gewöhnlicher ist, wenn Eheleute in Nahrungsverfall und in Rückgang ihres Vermögens gerathen, als daß die Ehefrauen sich auf ihre Vorrechte berufen, und unter diesem Vorwand ihre Gläubiger, wo nicht um Alles, doch um den größten Theil ihrer gerechten Forderungen bringen, indem sie Alles, was sie in die Ehe eingebracht haben, unter dem Scheine des Rechtes ungeschmälert zurückfordern, und den gefährdeten Gläubigern ein leeres Nachsehen lassen, — wenn man ferner weiß, wie häufig es bei den Gerichten vorkommt, daß die Realisirung eines oft in langwierigen und kostspieligen Prozessen gegen die Ehemänner erstrittenen Rechtes vereitelt wird durch Interventionen der Ehefrauen und Inanspruchnahme ihres Zubringens als Separatvermögen. Wiewohl nun die Unbilligkeit dieses Verfahrens in die Augen fällt, so gelangt doch die Frau in den meisten Fällen zu ihrem Ziele, weil ihr Gegner sie geschützt glaubt durch die Bestimmungen des Landrechtes und es deßhalb vermeidet, mit ihr einen neuen Kampf einzugehen.

Wenn man indeß voraussetzt, daß Heirathsgut und Zubringen der Frau zwei juristisch strenge geschiedene Rechtsbegriffe auch nach M. L. R. sind, daß ferner nur wegen des Heirathsgutes der Frau das Recht der Separation eingeräumt ist, während sie wegen ihres übrigen Zubringens lediglich eine gewöhnliche Gläubigerin ihres Mannes in IV. Klasse ist (Tit. XIX. § 4 des M. L. R.) [1]), so wird man auch zugeben müssen, daß die Ehefrau nur dann das Recht hat, im Concurse Bestandtheile ihres Zubringens in natura zu verlangen, oder im Exekutionsverfahren mit diesem Rechte zu interveniren, wenn und insoweit sie Vermögenstheile als wirkliches Heirathsgut nach Tit. I. § 5 in die Ehe gebracht hat. Hat die Ehefrau versäumt, das Heirathsgut in dieser Weise festzustellen, so mag sie als Gläubigerin ihres Mannes gegen diesen auftreten, nimmermehr aber kann man ihr gestatten, während der Ehe

---

1) Es ist dabei vorausgesetzt, daß sie sich nicht einen Hypothekeneintrag verschafft hat (§ 12 des Hypothekengesetzes).

Separationsrechte geltend zu machen, bevor nach Titl. IV. des Landrechtes der Schuldenstand und ihre eigene Haftbarkeit dafür untersucht, und die Errungenschaft oder ehliche Einbuße festgestellt ist (§ 106).

Schließlich kann hier noch erwähnt werden, daß es in den gewöhnlichen Fällen im Interesse der Frau liegt, die zu ihrem Heirathsgute erklärten Mobilien verkaufsweise in die Ehe zu bringen, weil ihr alsdann, wenn diese Gegenstände durch den Gebrauch abgenutzt werden, der durch die Schätzung bestimmte Werth geleistet werden muß, während anderseits die der Gemeinschaft nicht verkauften Sachen auf Rechnung der Frau schlechter werden. l. 10 pr. D. (23. 3). (Vergl. § 85). Besteht das Heirathsgut aus Forderungen, welche ohne Nachlässigkeit des Mannes ganz oder theilweise verloren gegangen sind, so trifft dieser Verlust die Frau. l. 49 pr. D. (24. 3), l. 35. D. (23. 3), l. 33. 71 D. (23. 3).

§ 27.

b) Nach Auflösung der Ehe.

1) Bei der Ehescheidung verliert der schuldige Theil nach gemeinem Rechte, welches in Ermangelung partikularrechtlicher Bestimmungen nach dem Publikationspatent unzweifelhaft Anwendung findet, die lucra nuptialia, wozu die dos und die donatio propter nuptias gehören (Glück, Comm. Bd. 27. S. 1 ff.), an deren Stelle, wenn weder die eine noch die andere bestellt waren, der vierte Theil des Vermögens der Frau oder des Mannes traten. (l. 11 § 1. 2. C. de repud. — Nov. 22 cap. 15. 16. — Nov. 117 cap. 9. § 4 u. pr. — Nov. 134.)

Daß diese Strafe der Privation des gemeinen Rechtes auch heutzutage noch gilt, wird von der Praxis anerkannt, und ebenso entschieden ist, daß diese Strafe selbst für katholische Ehegatten um so weniger hinwegfalle, als das canonische Recht die Strafen der Ehescheidung auch mit der lebenslänglichen Trennung von Tisch und Bett verbunden hat [1]). (Glück, Com. Bd. 27 S. 47. 54. — Erk. des Rev.-Ger. vom 19. Februar 1794 und 13. Juli 1782. J. S. Bickert gegen Pfeifer. — A. G. E. vom 7. Dezember 1839. J. S. Haus gegen Haus; dann A. G. E. vom 20. Dezember 1841. Nr. 6251.)

Auch bei einer Ehescheidung wird es sich daher fragen, ob durch Ehevertrag ein Heirathsgut von der Frau bestellt wurde, außerdem ist die Privationsstrafe aus deren sonstigem Vermögen zu berechnen.

Besondere Wirkungen des Heurathsgutes.

§ 28.

An diese Hauptfrage über die Wesenheit und Wirkungen des Heirathsgutes sind nun noch einige specielle Betrachtungen anzureihen.

---

[1]) Nach gemeinem und canonischem Rechte l. 11 § 3 D. (48. 5) u. C. 4 X. (4. 20) verliert die Ehebrecherin bei der Ehetrennung ihre Mitgift, welche als Privatsatisfaktion dem Manne zufällt. Dieses soll aber nur bei erwiesenem, nicht blos bei vermuthetem Ehebruch der Fall sein, obgleich auch in letzterem Falle Trennung der Ehe zuläßig ist (Archiv VI. nr. 212).

1) War die dos des Verkaufes wegen geschätzt, was der Fall sein wird, wenn sie nicht in einer Summe oder Quantität, sondern in einer besonderen Gattung von Sachen besteht, und dem Manne um einen gewissen Anschlag übergeben wurde[1]), so muß der Mann auch die damit übernommenen Lasten, z. B. die Herauszahlung einer bestimmten Summe nach dem Tode der Frau an deren Erben leisten, und er kann sich durch Entschlagung der Erbschaft, oder die Rechtswohlthat des Inventares bei einer Ueberschuldung des weiblichen Nachlasses im concreten Falle nicht von dieser Pflicht befreien, weil er das Heirathsgut nicht durch Testament, sondern durch Vertrag, und zwar durch einen solchen Vertrag besitzt, wodurch blos der Rückfall des Heirathsgutes an die Erben der Frau beseitigt, mit dem Uebergange der dos in sein Eigenthum aber zugleich die davon unzertrennliche Leistung überging, so daß es sich also hier nicht um einen eigentlichen Erbvertrag (um ein künftiges Erbrecht) handelt. (O. A. G. E. vom 7. Dezember 1844 Nr. 1163⁴²/₄₃.)

§ 29.

2) Nach Tit. I. § 5 des M. L. R. soll nur Dasjenige für Heirathsgut gehalten werden, was die Frau dem Mann zu dem Ende zugebracht[2]). Es ist dabei nicht ausgedrückt, ob es eines Vertrages der Ehe- oder Brautleute dazu bedürfe. Gemeinrechtlich kann die Brautgabe nach l. 3 u. 6 C. (5. 13) schon durch einfaches Versprechen, ohne Acceptation, dem Ehemanne bestellt werden, was daher auch für das M. L. R. zu gelten hat. Es mag dieses darauf beruhen, daß man den Bräutigam nicht zwingen will, sich durch formelle Acceptation eigennützig zu zeigen. Die Beschränkung dieses Verhältnisses auf den Ehemann resp. Bräutigam erklärt sich dadurch, daß er es ist, welcher im Vertrauen auf jenes Versprechen die Ehe vollzieht, deren Lasten auf sich nimmt, und durch den Vollzug der Ehe schon die Acceptation faktisch erkannt werden kann. (O. A. G. E. vom 19. November 1852. Nr. 407⁵¹/₅₂.)

---

[1]) (Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R.) Die gemeinrechtliche Vermuthung, daß die Schätzung der dos des Verkaufes wegen geschehen sei — l. 10 D. (23. 3) l. 5. C. (5. 12) — findet nach M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11 nicht statt, sondern es muß dieses aus den Umständen dargethan werden. Ist dieses jedoch der Fall, so liegt darin die Folge, daß die Gefahr der Sache auf den Mann übergeht, und daß dieser nichts als die bestimmte Summe schuldig ist. Von einem Separationsrechte der Frau kann dann keine Rede mehr sein. Ist jedoch die Heirath nicht zu Stande gekommen, so kann auch das verkaufsweise übergebene Heirathsgut in Natur zurückgefordert werden. l. 17 D. (23. 3) „ubi nuptiae secutae non sunt, res repeti debet, non pretium."

Wurde das Heirathsgut blos der Schätzung wegen taxirt, so bleibt es Eigenthum der Frau, und die Taxe dient blos, um der Frau bei der Rückforderung den Beweis des verlorenen Werthes der Sache zu erleichtern. l. 5. 10. 21. C. (5. 12). Archiv für Civil-Praxis. Bd. XIX. S. 308—313. Das Heirathsgut muß im letzteren Falle in Natur zurückgegeben werden, und was daran durch dolus oder culpa lata vel levis des Mannes zu Grunde geht, muß vom Manne ersetzt werden. Lauterb. lib. 23. Tit. 3. § 36. 38. 39. lib. 24. Tit. 3. § 10. 12.

[2]) Da nach M. L. R. die Braut oder die Frau das Heirathsgut bestellt, so ist es gleichgültig, ob sie dieses vom Vater (dos profectitia) oder von der Mutter resp. von Dritteren (dos adventitia) erhalten hat. Der gemeinrechtliche Unterschied zwischen beiden Arten des Heirathsgutes gilt also bezüglich des Rückfalles für aufgehoben, und der Rückfall findet an den Vater gerade so wie an die Mutter oder an Drittere nur nach den Regeln des Erbrechtes, oder so wie er auf den Todesfall der Frau bedungen wurde, statt.

§ 30.

3) Wenn das Heirathsgut auch der Braut resp. der Frau versprochen ist, so hindert dieses den Mann während der Ehe nicht, selbst ohne oder gegen den Willen der Frau das Heirathsgut einzuklagen, weil dasselbe seinem Wesen nach zur Bestreitung der Ehelasten dienen soll, die dem Manne als Vertreter der Ehegemeinschaft obliegen. (O. A. G. E. vom 20. Februar 1846. Nr. 164⁴³/₄₄.)

Dieses gilt sogar während der Ehescheidungsklage, weil auch da der Mann in der erwähnten Eigenschaft bis zur erfolgten Abtheilung verbunden bleibt, die Frau und seine Kinder zu unterhalten. Schlechte Vermögensverhältnisse des Mannes begründen blos für die Frau ein Recht auf Sicherheitsleistung. (M. L. R. Tit. I. § 7. — O. A. G. E. vom 20. Februar 1846 Nr. 164⁴³/₄₄.)

§ 31.

4) Die Frage über das Eigenthum an den mit Dotalgeldern angeschafften Sachen ist sehr bestritten. Während in l. 54 D. (23. 3) angenommen wird, daß Sachen, welche für Geld aus dem Heirathsgut angeschafft wurden, zu letzterem gerechnet werden, wird dieses in l. 12 C. (5. 12) aus dem Grunde verneint, weil der Ehemann für seine Frau die Klage aus dem Kaufe nicht erwerben könne, ihm vielmehr blos die Klage wegen des Heirathsgutes selbst zustehe, wogegen Mühlenbruch, Pand. Bd. III. § 534 not. 4 der Frau immer eine vindicatio utilis wegen ihres Heirathsgutes gewährt. Die Rechtslehrer haben daher die beiden angeführten Gesetze für widerstreitend erachtet, und das erstere durch letzteres für aufgehoben erklärt, da die dos während der Ehe Eigenthum des Mannes sei, es sei denn, daß die Surrogate absichtlich und zum Nutzen der Frau an die Stelle des Brautschatzes gesetzt wurden.

Andere Rechtslehrer beschränken das Vindikationsrecht der Ehefrau für die aus Dotalgeldern angeschafften Sachen auf den Fall, wenn der Mann wirklich in Concurs gerathen ist. (Puchta, Instit. Bd. II. S. 629). Gemeinrechtlich wird diese Ansicht begründet erachtet, weil die l. 54 D. (23. 3) sich dadurch mit der l. 12 C. (5. 12) in Uebereinstimmung bringen läßt, um die Frau gegen die Insolvenz ihres Mannes zu schützen. (O. A. G. E. vom 16. Januar 1851 Nr. 730 ⁴⁸/₄₉.) Allein nach M. L. R. Tit. III. § 2 bleibt das Heirathsgut im Eigenthum der Frau, und Separationsrechte sind ihr nur gestattet, wenn dasselbe noch in Natur vorhanden ist (Tit. XXII. § 1 nr. 11). Wenn daher auch das Heirathsgut während der Ehe durch Umwandlung in andere Objekte nicht erlischt, und insoferne dem übrigen Vermögen der Frau statutarrechtlich gleichkommt [1]), so enthält das Landrecht doch bezüglich des Vindikationsrechtes der Frau im Concurs eine Singularität, indem es letzterer die Separation nur dann gestattet, wenn das als Heirathsgut Zugebrachte noch in Natur vorhanden ist, und die Separation ausschließt, sobald die gleichwohl noch vorhandenen Objekte

---

[1]) Man sehe unter Tit. III. die Lehre von Surrogaten (§ 73 II.) — l. 26. 27. D. (23. 3) „ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit: si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam. — Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur“.

des Heirathsgutes dem Mann um einen gewissen Preis verkaufsweise übergeben wurden, so daß Surrogate der dos (§ 73 II.) das Separationsrecht nicht genießen können.

§ 32.

5) Nach Tit. I. § 7 ist der Mann nicht schuldig, das Heirathsgut während der Ehe der Frau zurückzugeben, „obschon er zu verderben anfinge".

Diese Gesetzesstelle weicht ab von l. 24 pr. D. (24. 3), wo verordnet wird: Es ist bekannt, daß die Zurückforderung des Heirathsgutes von da an zustehe, wo es auf das Deutlichste erhellt, daß das Vermögen des Mannes für jenes nicht mehr zureicht. Gestützt auf diese gemeinrechtliche Verordnung tritt nun häufig der Fall ein, daß die Frau als Principal-Intervenientin die gepfändeten Mobilien zurückverlangt, weil diese aus ihrem in die Ehe gebrachten Vermögen angeschafft seien. In l. 29 C. (5. 12) wird dieses Recht sogar schon eingeräumt, bevor noch der Concurs erkannt ist, wenn der Mann blos in Verarmung geräth, also schon im Falle einer blosen Unsicherheit des Heirathsgutes. Allein nach M. L. R. kann die Frau nur im Falle des Concurses ihre Dotalgüter (Mobilien oder Immobilien) den Gläubigern, aber nicht ihrem Manne entziehen, die Gläubiger sollen auf Lebensdauer des Mannes nicht einmal den Genuß des Heirathsgutes erhalten (Tit. XXII. § 1 nr. 11), die Frau jedoch kann unter keiner Bedingung die mit Dotalgeldern vom Mann erkauften Sachen vindiciren, oder gegen deren Verwendung als Executionsobjekt für Gläubiger ihres Ehemannes Einsprache erheben. (O. A. G. E. vom 16. Januar 1851 Nr. 730 $^{48}/_{49}$), weil die Objekte ihres Heirathsgutes selbst dann nicht von der Frau separirt werden können, wenn sie noch in Natur vorhanden, aber dem Manne verkaufsweise um einen bestimmten Preis übergeben worden sind.

§ 33.

6) Gemeinrechtlich trägt der Mann als Eigenthümer der dos, wenn vertretbare Sachen, z. B. Geld, oder andere Sachen unter einem Werthanschlage zum Heirathsgut gegeben wurden, die Gefahr, weil er vertretbare Sachen in genere verkaufsweise geschätzte Gegenstände aber entweder in Natur oder nach dem Anschlage zurückgeben muß. (Wening, Lehrb. des Civilrechts IV. § 47. — Glück, Com. Bd. 27 S. 329).

War die Schätzung blos des Werthes wegen geschehen, so dient sie als Anhaltspunkt für die Entschädigung der Frau bei der künftigen Zurückforderung der dos, wenn die Sachen durch Verschulden des Mannes zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden sein sollten. (Archiv V. nr. 187).

Wegen unterlassener oder verspäteter Einforderung des Heirathsgutes trifft den Mann keine Haftung, wenn dasselbe von der Frau selbst, oder deren Eltern oder einem Dritten versprochen war, welcher dieses Versprechen schenkungsweise machte, wohl aber haftet er für Verlust, wenn er das Heirathsgut nicht rechtzeitig von einem Dritteren beitrieb, welcher dasselbe schuldet. l. 33 D. (23. 3).

Bezüglich des M. L. R. III. 2 muß ebenfalls der Grundsatz aufrecht erhalten werden, daß auch das Heirathsgut Eigenthum der Frau verbleibt, und daß sie dann, wenn sie dessen Objekte nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 dem Manne verkaufsweise übergeben hat, Gläubigerin des Mannes wird, m. a. W. bezüglich der Gefahr steht dann das Heirathsgut dem weiteren Zubringen der Frau ganz gleich.

§ 34.

7) Da das Heirathsgut einen Theil des Zubringens bildet, so kann es auch unter die in Tit. VII. § 3 erwähnte Aussteuer eingerechnet werden. Ist das Heirathsgut aus dem Vermögen der Eltern gegeben, so muß es auch in den Pflichttheil des Kindes eingerechnet und gegebenen Falles conferirt werden. Haben aber die Eltern eine fremde Sache als Heirathsgut gegeben, so kann der Ehemann dafür von denselben Ersatz fordern. l. 34 D. (23. 3).

§ 35.

8) Bei Vermögensauseinandersetzungen ist der wahre Werth der veräußerten Dotalsachen, also der Verkaufspreis, nicht die schätzungsweise bei Eingehung der Ehe angenommene Taxe in Ansatz zu bringen, weil dieser Ansatz nur bei ausgesprochenem Willen als Verkaufspreis zu betrachten ist, und weil das Objekt selbst zurückfallen würde, wenn es noch vorhanden wäre. Es gilt hier der Grundsatz „der Werth oder Erlös vertritt die Stelle der Sache" (Pretium succedit in locum rei). l. 64 pr. D. (24. 3).

Der Mehrwerth, welcher dem eingebrachten Heirathsgut in Folge von Verwendungen zugegangen ist, die während der Ehe aus gemeinschaftlichen Mitteln (aus der Errungenschaft) gemacht worden sind, fällt nicht der Errungenschaft, sondern gegen Ersatz der von der letzteren aufgewendeten Kosten dem Eigenthümer des Heirathsgutes (also dem Vermögen der Frau) zu.

Nach Tit. I. § 6 müssen große Verbesserungen (sofern der Mann solche aus seinem eigenen Vermögen bestritten hat) nach beendigter Ehe dem Manne wieder ersetzt werden. Eine Ausnahme entsteht, wenn a) die aus diesen Verbesserungen auf den errungenschaftlichen Mannstheil treffenden Vortheile und Früchte [1]) den dafür verwendeten Kosten gleichkommen. Es ist dieses offenbar ein Nachtheil des Mannes, weil Verwendungen auf das sonstige Beibringen der Frau dem Mann — soweit sie aus dessen Separatvermögen gemacht wurden — unbedingt ersetzt werden müssen, während sie hier bezüglich des Heirathsgutes zunächst der Errungenschaft zu gut kommen. Es werden hiedurch implicite nicht die Rechte eines interimistischen Eigenthümers,

---

[1]) Das Gesetz sagt in Tit I. § 6, daß die aus des Mannes Vermögen auf das Heirathsgut verwendeten Kosten ihm wieder ersetzt werden müssen, wenn er aus diesen Meliorationen nicht bereits so viel erhoben hat, als sie ihm gekostet haben. Da aber der Ertrag des Heirathsgutes in die Errungenschaft fällt, so kann er an dem Ertrag der Besserungen nur nach Verhältniß seines Errungenschaftsantheiles participiren.

sondern nur jene eines Nutznießers dem Manne zugeschrieben (VII. § 5), ein Beweis, daß das Landrecht den Ehemann nicht als den Eigenthümer der dos, sondern nur als einen Nutznießer betrachtet, der aber gleichwohl die Früchte aus seiner Berechtigung nach Tit. III. § 3 an die Errungenschaft abgeben muß; b) oder wenn die Verbesserungen bei Aufhebung der Ehe, sei es durch Unglück oder andere Fälle (also auch durch Verbrauch) nicht mehr vorhanden sind. Sind aber die Meliorationen aus der Errungenschaft gemacht worden, so müßten sie nach dem Wortlaute des Gesetzes (I. § 6) auch der Errungenschaft ersetzt werden, und es gebührt daran dem Manne dann sein Schwerttheil zu ²/₃ (III. 1).

Nach der von Bopp, Beiträge l. c. S. 143 aufgeführten Stelle, soll diese Bestimmung des Gesetzes unmöglich und nutzlos sein, da die beiderseitigen Illate bei der Theilung erst ausgeliefert werden müssen, ehe sich ein Acquest denken läßt, weil also aus der ganzen Masse das Zugebrachte ersetzt werden müsse, und der Mann daher nicht behaupten und erweisen könne, er habe aus seinen Illaten eine Verbesserung vorgenommen, bevor die Theilung erfolgt ist. Allein dieser Einwand läßt sich beseitigen, wenn man festhält, daß a) allerdings erst bei der Abtheilung gefunden werden kann, ob aus Illaten oder aus der Errungenschaft die Verwendung geschehen ist, daß es sich aber um Besserungen handelt, welche bei der Rückgabe des Heirathsgutes, also bei Auflösung der Ehe noch vorhanden sein müssen, um dem Illat des Mannes einen Vortheil gewähren zu können, z. B. Häuser, Grundstücke, folglich diese Besserungen, eben weil sie noch vorhanden sind, auch bei der Theilung berücksichtiget werden können; b) daß die Heirathsguts-Objekte bei aufgelöster Ehe sammt den Accessionen der Frau oder deren Erben geradeso zufallen, wie ihr übriges Illat, Heirathsgut und Illat in dieser Beziehung also keine erhebliche Unterscheidung darbieten, und endlich c) daß auch der Fall einer fehlenden Errungenschaft ebenso wohl denkbar ist, als der andere Fall, daß dann der Mann, um Meliorationen am Heirathsgut vorzunehmen, gezwungen war, von seinen eigenen Illaten Stücke zu veräußern. Gleichwohl enthält diese Bestimmung des Landrechtes in Bezug auf das System der Errungenschaftsgemeinschaft eine Abnormität, denn sie ist offenbar in der Hauptsache dem gemeinen Dotalrechte nachgebildet, in welchem der Mann Eigenthümer der dos ist, und alle Früchte daraus für sich zieht. Zieht nämlich gemeinrechtlich der Mann die Früchte aus der dos für sich, weil sie während der Ehe sein Eigenthum ist, so hat er dem entsprechend auch alle darauf ruhenden Lasten, und große Besserungen aus seinem Vermögen zu bestreiten. Letztere sind ihm consequent nur dann zu vergüten, wenn er sie nicht aus dem Ertrag der Besserungen resp. der ganzen Dos wieder erhoben hat. Anders ist es jedoch nach M. L. R. Hier fällt der Ertrag der dos in die Errungenschaft, die Substanz selbst aber bleibt im Eigenthum der Frau, die Frau bedingt also durch Bestellung der dos lediglich sich einen Vorzug durch das damit verknüpfte Separationsrecht (Tit. XXII. § 1 nr. 11). Das Gesetz sollte demnach allerdings consequenter so lauten: „Alle Verbesserungen des Heirathsgutes sind als aus der Errungenschaft geschehen zu betrachten. Ist nach Abzug des beiderseitigen Zubringens keine Errungenschaft vorhanden, oder ihr Vorrath reicht zum Ersatze der auf die dos gemachten Verwendungen nicht zu, so soll dem Manne die Vergütung aus den Illaten der Frau geschehen. Bei zureichender Errungenschaft trifft die Vergütung

nach Verhältniß des Schwert- und Rocken-Theiles den Mann und die Frau." (Bopp, l. c.)

§ 36.

9) Was von den Schwiegereltern während der Ehe ihrer Kinder diesen zur Aushülfe in ihrem Familienstande gegeben wird, ist nicht als Heurathsgut zu betrachten, und genießt also auch die besonderen Rechte des Heurathsgutes nicht. (Erk. des R. G. vom 15. Dezember 1779. J. S. Nebel gegen Nebel.)

Dagegen ist ein den Kindern unter dem Titel „unverzinsliches Darlehen" gegebener Geldbetrag nicht als ein Darlehen, sondern als ein unter Umständen widerrufliches Heirathsgut zu betrachten, welches im Concurse der Eltern nicht zur Masse gezogen oder als Forderung der Masse betrachtet werden kann. Es nimmt die Praxis nämlich an, daß die Eltern sich den Rückfall nur unter der Bedingung vorbehalten wollten, daß ihr Kind vor ihnen ohne Nachkommenschaft stirbt. (Seufferts Archiv, XIII. nr. 40.)

§ 37.

10) Während der Ehe kann die Frau nach Tit. I § 7 ihre dos nicht zurückverlangen, allein wegen des dereinstigen Rückfalles ist sie berechtigt, bei vorhandener Unsicherheit Caution oder sichere Anlegung des Heirathsgutes zu fordern [1]). Außerdem steht der Frau das schon mehrbemerkte Separationsrecht im Concurse nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 zur Seite, wozu noch gehört, daß die Frau die von ihrem Manne ohne ihre Einwilligung verkauften, zum Heirathsgute gehörigen Liegenschaften oder Häuser binnnen zehn Jahren von dem Käufer zurückfordern kann. (Tit. XXIII. § 7 des M. L. R.)

Es bleibt daher der Frau überlassen, zu sorgen, daß sie mit diesen Sicherheitsmitteln noch rechtzeitig aufkomme, gleichwie sie sich auch blos durch rechtzeitige Protestation gegen einseitige Schulden des Mannes nach Tit. IV. § 2 zu schützen vermag. Diese Verordnung des Landrechts wird unterstützt durch § 12 des Hypothekengesetzes, welches die Ansprüche der Frau auf Sicherheitsleistung ganz allgemein begründet, ohne sie von der Verarmung des Mannes oder von einem Ehescheidungsprozesse abhängig zu machen.

Erforderlich ist hiezu der Beweis des Heirathsgutes, es genügt jedoch bis zu dessen Erbringung eine Vormerkung im Hypothekenbuch, weil bei sich hebendem Anstand die Hypothek so angesehen wird, als ob sie schon am Tage ihrer Vormerkung rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre. (§ 30, Abs. 3 des Hyp.-Ges.)

Die Frage, ob auch die Besteller der dos Sicherheit von dem Ehemanne verlangen können, muß bei dem Mangel einer statutarischen Bestimmung darüber dahin beantwortet werden, daß dieses allerdings zulässig sei, wenn sich die Besteller den Rückfall der dos vorbehalten haben.

---

[1]) Gemeinrechtlich ist Sicherheitsleistung für das Heirathsgut absolut verboten, denn wenn die Frau sich selbst und ihr Heirathsgut ihrem Ehemanne anzuvertrauen für gut befunden hat, weßhalb soll ein Bürge oder ein anderer Sicherheitsbesteller gefordert werden, damit ein Grund des Mißtrauens in ihrem ehlichen Verhältnisse entstehe. l. 2. C. (5. 20).

Es reiht sich hieran die Frage, ob der Ehemann deßwegen den Erben seiner Frau den Errungenschaftsantheil nicht herauszugeben schuldig sei, weil ihm kraft der Ehepakten das ganze Heirathsgut oder Einbringen mit Ausnahme eines stipulirten Rückfalles verbleiben soll? Es gewinnt allerdings den Anschein, daß die Eheleute durch den im Ehevertrag bestimmten Rückfall bei Mangel von Kindern ihre Erben von aller weiteren Erbfolge ausschließen wollten, indem daselbst den Erben blos eine bestimmte Summe vorbehalten wird, bei vorhandenen Eheverträgen die gesetzlichen Bestimmungen cessiren, und der Intestaterbe sich mit dem bestimmten Rückfall begnügen müßte. Allein Eheverträge sind keine Testamente, und bestimmen in der Regel nur die Rechte, welche die Eheleute an dem Eingebrachten haben, und wie es damit in Ansehung des Erbrechtes zu halten ist. Mithin kann auch der darin bestimmte Rückfall nur von dem Einbringen verstanden werden. Die Errungenschaft ist darunter nicht zu begreifen, und kann von den Intestaterben des verstorbenen Gatten pro rata verlangt werden. (Erk. des Rev.-G. vom 6. Juli 1776 J. S. Zöller gegen Trunk.)

Die Rückfallsbestimmung ist gewöhnlich im Zusammenhange mit der sog. Anheirathung jenes Vermögens, welches der eine Gatte dem andern zubringt. Das angeheirathete Gut soll letzterem auch bei kinderlosem Absterben des ersteren verbleiben, jedoch den Verwandten etwas Bestimmtes zurückfallen. Daß derartige Verabredungen auch nach M. L. R. vorbehaltlich der Rechte der Kinder und Pflichttheilsberechtigten zulässig sind, kann nach Tit. I. § 1 keinem Bedenken unterliegen. In derartigen Bestimmungen befinden sich aber auch die Merkmale eines Vertrages zu Gunsten Dritterer. Erfolgt die Annahme von Seiten dieses Dritteren nicht, so wird der zu dieser Leistung an Drittere Verpflichtete frei von seiner Verbindlichkeit, ebenso wie wenn jener Drittere nicht mehr existirt. (O. A. G. E. vom 18. Februar 1851 Nr. 1340 48/49.)

Ist verabredet, daß der Rückfall nach dem Tode des Längstlebenden auf dessen nächste Verwandte stattfinden soll, so sind als nächste Verwandte jene zu achten, welche zur Zeit des Todes des Erblassers die nächsten Verwandten waren, nicht jene, welche es zur Zeit des Todes des mit der Zurückgabe beschwerten Gatten sein werden, denn die ganze Verfügung ist ein Fideicommiß, und es ist zu vermuthen, es habe der Disponent die ersteren und deren Erben sogleich zum Fideicommiß benennen wollen, welche ihn nach seinem Tode alsbald beerbt hätten, wenn nicht solche Erbschaft dem andern Gatten auf Lebenslang vermacht worden wäre. Der Tag des Anfalls ist also der Tod des Disponenten, und wenn auch der nächste Verwandte stirbt, bevor die Aushändigung der Erbschaft geschehen kann, so überträgt er sie doch auch auf seine eigenen Erben. — (Erk. d. H.-G. vom 12. Juli 1773. J. S. Müller gegen Christ.)

§ 38.

Beweis des Zubringens des Heurathsgutes.

Weil die Existenz eines Heirathsgutes nicht vermuthet wird, ist es nöthig, daß dieselbe im Concurse des Mannes genügend erwiesen werde. Vor der Erlassung des Landrechtes wurde der Beweis der Bestellung durch Eheverträge für genügend erachtet. (Erk. des Rev.-G. vom

5. Juli 1747. J. S. Hepp Creditoren gegen Hepp Ehefrau), und auch aus dem Landrecht selbst geht hervor, daß ein bloser Ehevertrag als ein sicheres Beweismittel erklärt werden muß (obgleich Handschrift und Quittung des Mannes als solche verworfen), da Eheverträge überhaupt als die gewöhnlichste Art der Anordnung aller ehelichen Güterverhältnisse ihrer Bestimmung nach zu betrachten sind, wogegen natürlich der Beweis des Betruges oder der Simulation vorbehalten bleibt.

Hiervon verschieden ist die Frage über die wirkliche Einbringung der dos, welche nach gemeinem Rechte l. 1. C. (5. 15) erst die Existenz eines Heirathsgutes begründet. Der Beweis für die richtige Zahlung der dos kann nach M. L. R. Tit. I. § 8 durch eine blose Quittung, also auch durch ein Geständniß des Ehemannes nicht vollständig erbracht werden, wohl aber nahm die ältere Praxis nach einem Erk. des Rev.-G. von 1796 J. S. Hepp gegen Hepp an, daß ein solches Geständniß halben Beweis erbringe, welcher durch andere Beweismittel zu einem vollen Beweise ergänzt werden könne. In Bopp, Beiträgen Bd. I. S. 144 not. * sind einige Erkenntnisse angeführt, in welchen der Erfüllungseid der Frau neben dem Urkundenbeweise für zulässig erachtet wurde.

Die angeführte Bestimmung des M. L. R. ist in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte l. 1. 3. 5. C. (5. 15), wornach jeder, welcher das Heirathsgut zurückfordert, beweisen muß, daß es entrichtet wurde. Bei Heirathsgütern, welche in den Eheverträgen als bereits gegeben quittirt sind, ist aber dem Ehemann oder seinen Erben die Geltendmachung der Einrede des nicht empfangenen Heirathsgutes innerhalb eines ununterbrochenen Jahres, von Auflösung der Ehe an gerechnet, gestattet, wenn die Ehe innerhalb zweier Jahre aufgelöst wurde; dauerte die Ehe bis zu 10 Jahren, so ist dieser Termin auf 3 Monate beschränkt, hat aber die Ehe über 10 Jahre gewährt, so ist jene Einrede ganz unzulässig. Es kann also gerade wie nach Tit. I. § 8 des M. L. R. auch nach gemeinem Rechte der Beweis der wirklichen Zahlung des Heirathsgutes weder durch eine Bescheinigung im Ehevertrage noch durch eine sonstige Quittung des Mannes von der Frau völlig erbracht werden, und zwar im Falle des Concurses den Gläubigern entgegen, weil der Mann an dem Bestehen eines Heirathsgutes gemäß Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R. zu sehr interessirt ist (vergl. cap. XX. § 6 nr. 5 der B. G. O)[1]), im Falle der Rückforderung der dos Seitens der Frau oder ihrer Erben deßhalb, weil das Gesetz annimmt, der Bräutigam sei allzuleicht zur Bescheinigung des Empfanges eines Heirathsgutes zu bewegen, und ihm daher die Einrede des nicht empfangenen Geldes innerhalb der erwähnten Fristen gestattet. Dieses letztere Privilegium ist für Bayern durch das Gesetz vom 26. März 1859 über die Einrede des nicht gezahlten Geldes oder Heirathsgutes Art. 1 in der Weise aufgehoben, daß der Empfangschein über das Heirathsgut den vollen Beweis seines Inhaltes liefert, und zwar für den Geber des Heirathsgutes, sobald er den Schein in Händen hat, wodurch jedoch den sonst betheiligten Personen, insbesondere den Gläubigern im Concurse

[1]) Diese Gesetzesstelle hatte für die ehemals Mainz'schen Gebietstheile des Königreiches Bayern nie Gesetzeskraft, weil das ganze cap. XX. der G. O. durch Verordnung vom 4. Oktober 1810 nur in den damals bayrischen Gebietstheilen eingeführt wurde. (O. A. G. E vom 5. Januar 1837 Nr. 92 31/32.)

ihre Einwendungen wegen Betrugs ɩc. nicht entzogen werden. (Vergl. Zink, Comm. zum erwähnten Gesetze Thl. I. Bd. 3 der Gesetzgebung Bayerns S. 272.)

Durch dieses Gesetz sind folglich auch die Bestimmungen der bayr. Prioritätsordnung § 30 bezüglich des Beweises der wirklichen Einbringung des Heirathsgutes aufgehoben.

Die Delation des Haupteides an den Cridar ist zwar nach cap. XIX. § 12 als allgemeines Beweismittel gestattet, es kommt jedoch der Ehefrau zum Beweise ihrer Illaten nach M. L. R. nicht zu, weil nach Tit. I. § 8 das Geständniß des Mannes, also auch ein beschwornes Geständniß den fraglichen Beweis nicht liefert. (O. A. G. E. vom 11. November 1859 Nr. 1022 58/59.)

§ 39.

Beweiskraft der elterlichen Aufzeichnungen.

Der in § 38 erwähnte strenge Beweis wird nur gefordert, wenn es die Frau mit den Gläubigern des Mannes zu thun hat, handelt es sich aber um Ansprüche der Frau gegen den Mann, oder um Ansprüche der Frau gegen die Kinder, oder dieser gegen die Frau, oder der Kinder unter sich, welche aus dem Heirathsgute abgeleitet werden, so wird der Frau gegen den Mann das Rechtsmittel der Eideszuschiebung nicht verweigert, und den Kindern gegenüber genießen die Aufschreibungen des Vaters vollen Glauben (Tit. I. § 8 Abs. 2. 3).

Nach den Worten des Gesetzes sind hier folgende Fälle denkbar, in welchen die Aufzeichnungen des Vaters vollen Beweis machen: 1) wenn die Rede ist von dem Zugebrachten unter den, wenn auch zweierlei Ehekindern; 2) wenn unter den Kindern die Rede ist von dem, was der Aufzeichnende von seinem Vermögen dem einen oder andern Kinde gegeben hat; 3) wenn zwar das auszuliefernde Vermögen von den Eltern nicht bestritten wird, sondern es sich zwischen den Kindern selbst darum handelt, ob und wie weit sich die Antheile auf das ausgelieferte Vermögen erstrecken; 4) über die in einem Testament bestimmte Collationspflicht, wenn sonst der Wirksamkeit des Testamentes nichts entgegensteht.

Wenn dagegen die Rede ist zwischen Eltern und Kindern, besonders zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, von Auslieferung eines fremden Vermögens, woran die Eltern nur die Verwaltung oder den Nießbrauch hatten, dann kann die Aufzeichnung der Eltern unmöglich vollen Glauben verdienen, denn dann ist ein Vermögen in Frage, über dessen Substanz den Eltern keine Verfügung zusteht, die Aufzeichnungen müssen hier vollständig belegt sein, die Vermuthung einer gleichen Liebe gegen alle ihre Kinder, welche der Beweiskraft jener Aufzeichnungen zu Grunde liegt, kann sohin allein keine rechtliche Annahme voller Glaubwürdigkeit mehr bewirken. (E. des Stadtgerichts Aschaffenburg vom 11. Oktober 1798. J. S. Kopp gegen Ackermann; E. des R. G. vom 12. Juni 1799. J. S. Klug gegen Fischer.)

Die ganze Bestimmung, daß des Vaters Aufzeichnung unter den Kindern erster und zweiter Ehe vollen Beweis über das Zubringen der Frau mache, könnte übrigens das Mittel bieten, die Vorschriften des Landrechtes Tit. I. § 2 und Tit. VIII. § 10, nach welchen dem Gatten

nicht gestattet ist, dem andern Gatten mehr als den geringsten Erbtheil der Kinder der früheren Ehen zu hinterlassen, zu umgehen, wenn der Vater gewissenlos genug sein will, das Einbringen seiner Frau höher anzusetzen, als es in der That war, weil diese dann unter dem Namen Einbringen nach Tit. III. § 1 erhalten würde, was ihr als Erbschaft zu geben verboten war. Man wird daher den dabei interessirten Kindern den Gegenbeweis dahin offen lassen müssen, daß das Einbringen der Frau weniger betragen habe, als die Aufzeichnungen des Vaters behaupten. Nach den Worten des Gesetzes Tit. I. § 8 Abs. 3 ist zwar dieser Gegenbeweis nur bei dem Falle erwähnt, wenn der aufzeichnende Vater noch am Leben ist, allein das Gesetz hat ihn auf den Todesfall des Vaters nicht ausgeschlossen, und da die Absicht des Gesetzes — die Kinder vor Schaden zu bewahren — in beiden Fällen dieselbe ist, läßt sich um so weniger ein stichhaltiger Grund denken, warum über Aufzeichnungen des verstorbenen Vaters kein Gegenbeweis der Kinder zugelassen werden sollte, als eine Unrichtigkeit der Aufzeichnung nicht bloß auf einer Absichtlichkeit, sondern auch auf einem Irrthume beruhen kann. Die in Abs. 2 ausgelassene Restriktion versteht sich vielmehr von selbst, da die Beweiskraft einer solchen Urkunde nur auf der Annahme beruht, daß der Vater aus Liebe zu den Kindern in seiner Annotation nur den wahren Sachverhalt bezeugt haben werde, welche Annahme wie jede gesetzliche Vermuthung der Wahrheit und der Gewißheit weichen muß. (A. G. E. vom 1. September 1846 Nr. 2942.) War die unrichtige Aufzeichnung eine absichtliche, dann kommt sie in Rücksicht des verstorbenen Vaters einem Testamente der Eltern gleich, welches nach Tit. VIII. § 14 keiner besonderen Form bedarf, und gegen welches nach Tit. VIII. § 14 und 15 nur der Beweis zulässig ist, daß mit der Aufzeichnung eine letzte Willensmeinung nicht beabsichtigt war, oder daß der schuldige Pflichttheil dadurch verletzt wurde. (O. A. G. E. vom 16. Februar 1861 Nr. 3120.)

Einen Gegenbeweis wird man auch der Frau gestatten müssen, wenn sie durch die Aufzeichnungen des Mannes über ihr Zubringen und resp. Heirathsgut verletzt ist, weil dem Manne eine Verfügung über das Zubringen der Frau in keiner Weise zusteht. Tit. III. § 1.

§ 40.

Retentionsrecht der Frau wegen ihres Heirathsgutes und Zubringens.

Die Verordnung in Tit. I. § 9, daß der Frau das Retentionsrecht an dem Nachlaß ihres Mannes so lange gebührt, bis sie ihr Heirathsgut und Zubringen, ersteres gemäß Titl. I. § 4, letzteres gemäß Tit. III. § 1 zurückerhalten hat, folgt aus dem Grundsatze, daß die Frau wegen ihres Heirathsgutes ein privilegirtes (Tit. XXII. § 1 nr. 11 u. § 3 und nr. 1) und wegen ihres übrigen Zubringens ein stillschweigendes Pfandrecht (Tit. XXII. § 5) genießt [1]. Aus demselben

---

[1]) Dieses der Frau für ihre gegen den Nachlaß des Mannes gerichteten Ansprüche gewährte Retentionsrecht hört nothwendig im Falle eines Concurses auf, weil sich in dem Concursverfahren alle bisherigen Separatansprüche vermöge dessen

Rechte fließt auch die Bestimmung, daß die Frau die Früchte des retinirten Nachlasses den Erben ihres Mannes verrechnen muß, weil das Pfandrecht keine Nutzungs-, sondern nur Proprietätsrechte verleiht. (Thilaut P. S. § 781.)

§ 41.

Wer bestellt das Heirathsgut.

Die Begriffe Heirathsgut und Aussteuer sind zu unterscheiden. Die letztere wird nach Tit. VII. § 3 des M. L. R. den Kindern ohne Rücksicht auf ihr Geschlecht gegeben als Mittel zur Begründung eines Hausstandes, und ohne Rücksicht, ob dieser Hausstand durch Ehe oder Beginn eines selbstständigen Geschäftes, Amtes, Gewerbes 2c. errichtet werden soll. Das Heirathsgut setzt unbedingt eine Ehe voraus, und wird nur zur Eingehung der Ehe einer Tochter gereicht. Geschieht die Aussteuer in Bezug auf eine zu schließende Ehe, so muß sie nach Tit. I. § 5 entweder ganz oder theilweise für Heirathsgut erklärt werden, andernfalls bleibt sie bloses Zubringen, welches allerdings nach Tit. III. § 3 gleich dem Heirathsgut den Lasten der Ehe dient, weil die Nutzungen daraus in die ehliche Gemeinschaft fließen, wiewohl es die Vorzugsrechte des Heirathsgutes nicht besitzt.

Nach Tit. I. § 5 ist es nun allerdings zunächst die Braut oder Frau, welche dem Zubringen den Charakter des Heirathsgutes aufprägt, es kann jedoch keinem Bedenken unterliegen, daß unter Umständen, namentlich bei ihrer Minderjährigkeit auch ihre Eltern oder Vormünder für sie handeln können, und daß bei Bestellung der Aussteuer durch Drittere auch diesen gestattet sein muß, über die Qualität und Größe des Heirathsgutes Anordnungen zu treffen. (Ueber die Verpflichtung zur Aussteuer vergl. § 180.)

Bestellt die Braut oder die Frau selbst das Heirathsgut, so bestellt sie es aus ihrem eigenen Vermögen, welches ihr bereits durch die Aussteuer, Schenkung Dritterer oder durch Erbschaft und sonstigen Erwerb angefallen war. Bestellen das Heirathsgut Drittere, z. B. Verwandte oder Freunde, so liegt darin eine Schenkung, die etwas von einem belasteten (onerosen) Rechtsgeschäfte in sich trägt. Einerseits ist der, welcher es gibt, allerdings ein Schenker, weil er aus Freigebigkeit (unentgeldlich) gibt, und seine Schenkung bleibt, wie jede andere Schenkung der Minderung, der Collation und dem Widerruf wegen nachgeborner Kinder ausgesetzt, anderseits aber wird das Rechtsgeschäft bezüglich der Dotirten und des andern Gatten als ein oneroses angesehen, weil das Gegebene bestimmt ist, zu den Lasten der Ehe beizutragen, welche vielleicht ohne diese Schenkung nicht geschlossen worden wäre, und der Geschenkgeber ist

---

universeller Natur vereinigen, und dem Retentionsberechtigten lediglich überlassen bleiben muß, die ihm zustehende Forderung, und das in Bezug auf dieselbe angesprochene Vorzugsrecht im allgemeinen Verfahren gehörig geltend zu machen.

Jenes Retentionsrecht der Frau beweist übrigens, daß sie wegen ihres gesammten Zubringens als Gläubigerin des Ehemannes resp. seiner Verlassenschaft vom M. L. R. betrachtet wird, weil jedes Retentionsrecht Forderungen connexer Art oder aus Pfandrechten voraussetzt. (Seufferts Archiv Bd. IV. nr. 197; Seufferts P. R. § 104.)

im Gegensatz zu den gewöhnlichen Grundsätzen der Schenkung gehalten, für das geschenkte Gut Gewähr zu leisten. Uebrigens kann sich der Schenker dieser Pflicht durch eine ausdrückliche Erklärung entziehen, weil sogar der Verkäufer sich dadurch der Gewährung entschlagen kann.

Insoweit nun die Bestellung der dos eine Schenkung ist, wird sie ungültig, wenn der Schenker zur Zeit der Bestellung insolvent war, weil dann der Cridar eine Schenkung zum Nachtheile seiner Gläubiger nicht mehr vornehmen durfte, und diese mit der actio Pauliana angefochten werden kann. l. 25 § 1 D. (42. 8) l. 2 C. (7. 75). Die dos soll überdieß nach dem Vermögen des Vaters bemessen werden l. 69 § 4 D. (23. 3), und dieses ist nur insoweit als vorhanden anzunehmen, als es schuldenfrei ist. l. 72 pr. D. (23. 3) l. 39 § 1 de verb. sign. Daher kann eine blos versprochene dos in dem Concurse des Vaters nicht liquidirt werden. So lange sie noch nicht wirklich in die Ehe eingebracht worden ist, findet die Rückforderung gegen die Tochter statt, auch wenn sie von der Insolvenz ihres Vaters nicht unterrichtet war. l. 10 § 14, l. 25 § 1 D. (42. 8) l. 2 C. (7. 75). Der Beweis, daß der Besteller zur Zeit der Bestellung der dos bereits zahlungsunfähig gewesen sei, trifft jene, welche die dos anfechten. (Seufferts Archiv. Bd. I. S. 434 nr. 393.)

Das unbestimmte Versprechen hinsichtlich der Größe der dos wird von mehreren Rechtslehrern für unverbindlich erachtet, wenn dasselbe von einem gesetzlich zur Dotirung nicht Verpflichteten geschehen, und nicht wenigstens ausdrücklich auf billiges Ermessen gestellt wurde. In der Regel ist aber solchen Verträgen die Gültigkeit nicht abzusprechen, wo eine ernstliche Meinung der Parteien vorliegt. Hier gewähren der Zweck der dos — nämlich die Lasten der Ehe — und das Vermögen des Promittenten Anhaltspunkte in quantitativer Beziehung, und ebenso der Umstand, daß das Versprechen rücksichtlich einer bestimmten Ehe unter Personen gegeben wurde, deren Verhältnisse dem Versprecher bekannt sind. l. 69 § 4 D. (23. 3) l. 20 C. (5. 12) l. 7 pr. l. 56 § 1. l. 76 D. (23. 3). Deßwegen soll auch nach l. 3 C. (5. 11) das richterliche Ermessen die Größe des nach Gutbefinden versprochenen Heirathsgutes festsetzen. — Seufferts Archiv II. nr. 189. —

Nach dem Begriffe der dos kann dieselbe auch noch nach dem Tode einer von Kindern beerbten Frau von dem Promittenten verlangt werden. Allerdings fällt die dos profectitia gemäß l. 6 pr. D. (23. 3) und l. 4 C. (5. 13) nach dem Tode der Tochter dem Vater zurück, damit er nicht nebst dem Verluste der Tochter auch noch den Verlust seines Geldes fühlen sollte. Allein diese Lehre hat sich bei dem Uebergange in das deutsche Familienrecht durch die Praxis dahin geändert, daß die zurückgelassenen Kinder als nächste Erben der Mutter Eigenthümer ihres Heirathsgutes werden, was insbesondere auch für das M. L. R. gilt, da die Frau das Heirathsgut nach Tit. I. § 5 als ihr Eigenthum in die Ehe bringt, sie mag dasselbe von wem immer erhalten haben. Ueberdieß dauern die Lasten des Ehestandes, welche durch das Heirathsgut mitgetragen werden sollen, auch nach dem Tode der Frau in der Kindererziehung fort, und der Mann ist nach Tit. VII. als Nutznießer ihres Vermögens zur Einforderung berechtigt. (O. A. G. E. vom 19. November 1852 Nr. 407 51/52; O. A. G. E. vom 1. September 1855 Nr. 222 53/54.)

§ 42.

Vermehrung oder Verminderung des Heirathsgutes nach vollzogener Heirath sind im M. L. R. nicht erwähnt, vorausgesetzt, daß dieses mit beiderseitiger Einwilligung als Abänderung des Ehevertrages geschieht, ist beides nach dem subsidiär gültigen gemeinen Rechte l. 19 C. (5. 3) gestattet. Nach M. L. R. kann durch eine solche Vermehrung des Heirathsgutes oder der Widerlage selbst in zweiter Ehe für die verehlichten Kinder kein Nachtheil gemäß Tit. I. § 2 entstehen, weil Heirathsgut und Widerlage an und für sich im Eigenthum des Bestellers bleiben, nur darf der durch die Widerlage gewährte Nutzgenuß den Werth eines Kindstheiles der verehlichten Kinder nicht übersteigen (§ 45). Im Uebrigen wird aus demselben Grunde auch eine Vermehrung der Widerlage nicht als durch das Verbot der Schenkungen während der Ehe untersagt betrachtet.

Die Vorzugsrechte des Heirathsgutes beginnen für die Vermehrung mit dem Zeitpunkt des deßfallsigen Vertrages, und können nicht auf den Zeitpunkt der Bestellung des früheren Heirathsgutes zurückgehen.

Alle derartigen Vermehrungen sind jedoch selbstverständlich, wenn sie auf betrügliche Weise zum Nachtheile der Gläubiger geschehen, anfechtbar.

§ 43.

Veräußerungen des Heirathsgutes sind nach Tit. XXIII. § 7 mit der Veräußerung des Zubringens der Frau überhaupt von denselben Bedingungen abhängig gemacht, die Erörterung dieser Frage soll daher auf die Lehre von den Rechten des Ehemannes an dem Zubringen der Frau Tit. III. vorbehalten bleiben (§ 82).

§ 44.

Bei der zweiten Ehe wird nach Tit. I. § 5 ein Heirathsgut in demselben Umfange wie bei der ersten Ehe der Frau präsumirt, auch wenn darüber keine Verabredung getroffen worden ist, vorausgesetzt jedoch, daß die Frau in die erste Ehe ihr ganzes Vermögen als Heirathsgut gebracht hatte. Das Gesetz sagt ausdrücklich: wenn die Wittwe auch ihrem ersten Mann „all das Ihrige“ pro dote gegeben hat. Es mag dieses seinen Grund darin haben, daß auch das Heirathsgut Veränderungen namentlich im Wittwenstande unterworfen ist, und daß dann in der Größe des in die erste Ehe gebrachten Heirathsgutes kein Maßstab mehr für die Größe des Heirathsgutes zweiter Ehe gefunden werden könnte, wenn nicht überhaupt alles noch vorhandene Vermögen der Frau als solches präsumirt werden soll. Ein Nachtheil liegt in dieser Anordnung für die Kinder nicht, weil sie zu Lebzeiten ihrer leiblichen Eltern keine Rechte auf deren Vermögen haben, und das Heirathsgut jedesmal durch Lösung der Ehe durch den Tod des einen Gatten der Frau oder deren Erben zurückfällt, überdieß aber die dos mit stärkeren Garantien versehen ist, als das sonstige Illat. Die Bestimmung ist offenbar dem gemeinen Rechte l. 1 § 14 C. Authent. de aequalit. Dotis (5. 13) nachgebildet, welche verordnet, daß dem Vater bei Wiederverehelichung seiner Tochter nicht gestattet ist, den früheren Betrag des an ihn zurückgefallenen Heirathsgutes zu verringern, außer es müßte

sein Vermögen durch einen zufälligen Unglücksfall inzwischen geschmälert worden sein.

§ 45.

Von der Widerlage (Contrados).

Das M. L. R. hat zwar über die Natur und Folgen der Widerlage keine besonderen Bestimmungen aufgestellt, allein es hat die Widerlage doch an zwei Stellen in Wechselwirkung mit dem Heirathsgute der Tochter gesetzt, und zwar a) in Tit. XVII. § 2, wo es der Tochter den Beitrag ihres Heirathsgutes zur Erbschaft, dem Sohne den Beitrag seiner Brautgabe, Schenkung oder Widerlage auferlegt, und b) in Tit. XXII. § 1 nr. 11, wo es die Separation des Heirathsgutes im Concurse gestattet, dagegen die vom Manne dem Heirathsgut gegebene Widerlage unbedingt in den Concurs des Mannes ziehen läßt [1]. Abgesehen von der Begriffsvermengung der Praxis bei Eheverträgen, welche die Widerlage und Heirathsgut bald mit dem Namen Morgengabe zusammenfaßt, bald die Morgengabe von dem Mann und die Widerlage von der Braut in die Ehe bringen läßt, jedenfalls aber nachweist, daß der Begriff „Widerlage" bekannt, und das Institut selbst in Uebung ist, — bieten die angeführten Gesetzesstellen Veranlassung, die Materie einer Untersuchung zu unterstellen.

Nach der Ansicht Mittermaiers (d. P. § 393) „entstand von der Zeit an, als die Ehefrau dem Manne eine dos zubrachte, auch die Sitte, daß der Ehemann seiner Frau, mit der Absicht, ihr von seiner Seite auch ein Vermögen zu sichern, etwas anwies, und zwar ohne Rücksicht auf eine von der Frau eingebrachte dos, oder als Art von Gegenvermächtniß, wo die Ehefrau eine dos beibrachte, nach Gewohnheit an manchen Orten selbst so, daß diese Gabe die Frau als Vermehrung der dos (als augmentum dotis) erhielt."

Die Frage, ob da, wo eine Widerlage festgesetzt ist, die römische donatio propter nuptias gemeint sei, ist für das M. L. R. um so wichtiger, weil beim Mangel näherer Bestimmungen das römische Recht als subsidiäres Recht Anwendung finden müßte.

Nach römischem Rechte ist nun die Frau, wenn sie ein Heirathsgut in die Ehe bringt, berechtigt, eine Widerlage zu fordern, welche ihrer dos oder der späteren Vermehrung gleichkommt, dieselbe aber nicht übersteigen darf, weil diese donatio propter nuptias zunächst den Zweck hatte, die Frau und ihre Kinder bei Verarmung und nach dem Tode des Mannes für ihren Unterhalt zu sichern. Die Frau hatte daran aber nur den Nießbrauch, das Eigenthum verblieb dem Manne. Als Sicherheit war der Frau ein Pfandrecht auf das ganze Vermögen des Mannes eingeräumt, welches ihr auch nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R. gebührt (Thibaut, P. S. § 347).

---

[1]) Die Widerlage ist also in ihrem Wesen von dem Heirathsgute dadurch unterschieden, daß an dem letzteren der Frau Separationsrechte zustehen, soweit es noch in Natur vorhanden, und nicht kaufsweise übergeben ist, während die Widerlage, obgleich sie als Sicherungsmittel des Heirathsgutes dienen soll, doch nur ein privilegirtes Pfandrecht genießt, welches sich nach § 12 des bayerischen Hypothekengesetzes in einen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek verwandelt hat, und ohne diese Hypothekbestellung nach § 23 der Prioritätsordnung, bei ausgebrochenem Concurse in 4ter Klasse zur Befriedigung gelangt.

Der Ausdruck donatio propter nuptias — Schenkung wegen der Hochzeit — kann indeß, wo er in einem Ehevertrag oder einer sonstigen Urkunde vorkommt, nichts entscheiden, weil schon frühzeitig nach dem Eindringen des römischen Rechtes auf sehr verschiedene Arten von Vermögen, dieses Wort, das in Deutschland üblich war, angewendet wurde, und die Contrahenten sich oft etwas ganz Anderes darunter vorstellen, wie dieses bereits auch bezüglich des Wortes Morgengabe erwähnt ist. Wenn unter Ehegatten das Dotalsystem vorkommt, das Gegenvermächtniß (die Widerlage) daher in Beziehung auf ein Heirathsgut genannt ist, gewinnt es allerdings den Anschein, als sei damit die gemeinrechtliche römischen Natur der donatio propter nuptias zu Grunde gelegt; in diesem Falle müßte dann auch angenommen werden, daß der Ehefrau nicht mehr Rechte übertragen werden sollten, als sie bei jener hat, sie hätte daher auch wenigstens während der Ehe keine Verfügung darüber. Wo dagegen kein Dotalsystem vorkommt, oder wo ohne alle Beziehung auf die dos das Gegenvermächtniß im Vertrage genannt ist, kommt es darauf an, welche Wirkungen dieser Vermögensart im Ehevertrag beigelegt sind; ist der Frau die Wiederlage als Eigenthum sogleich angewiesen, so ist Morgengabe [1]) anzunehmen, soll ihr hingegen auf dem Fall des

---

[1]) Das Charakteristische der Morgengabe besteht darin, daß sie als Geschenk betrachtet wird, welches indeß äußerst selten als ein freiwilliges erscheint, indem es beim Adel sehr oft vermöge der Familiengesetze gefordert werden kann, bei dem Bauernstande aber durch Eheverträge ausdrücklich bedungen und dann aus dem Vertrage klagbar wird. Wird diese Gabe der Ehefrau sogleich übergeben, z. B. in der Gestalt eines Landgutes, so erhält sie daran das volle Eigenthum, und kann dieselbe aus der Gantmasse ihres Mannes vindiciren. Besteht sie hingegen nur in einer Geldsumme, so ist es gemeinrechtlich üblich, daß der Mann der Frau diese Summe während der Ehe nur verzinsen muß, und erst bei Auflösung der Ehe sie selber, oder ihr Erbe das Kapital einfordern kann. Eine gesetzliche Hypothek an dem Vermögen des Mannes hat die Frau deßhalb gemeinrechtlich nicht. Nur wo die Morgengabe ein Geschenk ist, geht sie der Frau nach mehreren Partikulargesetzen wegen Ehebruchs verloren. Von einer Verzinsung der Morgengabe an die Frau kann nun nach M. L. R. Tit. III. keine Rede sein, weil der Ertrag der Morgengabe aus einem Eigenthum der Frau fließt, und daher in die Errungenschaftsgemeinschaft gelangt.

Auffallend ist es, daß die Morgengabe unter diesem Namen im M. L. R. gar nicht erwähnt ist, während das Wort selbst in den Eheverträgen aller Zeiten der Mainzer Praxis gebraucht wird. Es scheint, daß die Vermeidung dieses Rechtsbegriffes im Gesetze in der Absicht geschah, um denselben seiner ursprünglichen Bedeutung eines Geschenkes, welches die Braut ihrer Jungfrauschaft wegen erhält, zu entkleiden. Wenn daher Geschenke wegen der Heirath vom Manne gegeben werden, so sind sie lediglich als Brautgabe (Tit. XVII. § 2 des M. L. R.) ohne einen Zusammenhang mit der Jungfrauschaft der Braut aufzufassen, welche in das Eigenthum, resp. Zubringen der letzteren übergehen, falls die Ehe wirklich zu Stande kommt.

In dieser Form genießt dann die Morgengabe die Vorrechte des gewöhnlichen Zubringens (nach § 23 nr. 3 der Prioritätsordnung Vorzug in IV. Klasse und nach § 12 des Hyp.-Ges. einen gesetzlichen Hypothekentitel). — Ob die Contrahenten unter der Bezeichnung Morgengabe etwa das Heirathsgut oder die Widerlage verstanden haben, muß aus den Umständen oder den übrigen Bestimmungen des Ehevertrages geschlossen werden. Rathsam ist es aber auch hier, das vom Gesetz gebrauchte Wort „Brautgabe oder Schenkung" bei Eheverträgen zu wählen.

Von ähnlicher Bedeutung ist der Brautschatz (Tit. III. § 6) in anderen Partikularrechten auch Mahlschatz (sponsalitia largitas) genannt. Es sind darunter Geschenke begriffen, welche sich das Brautpaar zum Zeichen und Beweis des Eheverlöbnisses, aus Liebe und in der Hoffnung künftiger Ehe gibt. Solche Geschenke können auch vom Dritteren in Absicht auf die zu schließende Ehe gegeben werden; durch den Vollzug der Ehe gehen sie in das Eigenthum des Beschenkten über (Tit III. § 6). Ueber den Rückfall des Mahlschatzes bei Auflösung des Eheverlöbnisses vergl. oben 4.

Wittwenstandes die sog. donatio zum Unterhalte dienen, so stellt sie das deutsch rechtliche Witthum vor, welches das ursprünglich deutsche vom Manne gegebene Heirathsgut war. (Maurenbrecher, d. P. R. II. S. 606. 608.)

Obgleich nun das gemeine Recht in den Bezirken des M. L. R. subsidiäre Gültigkeit hat, so wird doch dessen Anwendbarkeit bezüglich der Widerlage wesentlich zu modificiren sein, wenn jene Grundsätze des gemeinen Rechtes mit dem System des Landrechtes selbst in Verbindung gebracht werden, und es ergibt sich durch dieses Verfahren folgendes Resultat:

1) Die Bestellung einer Widerlage ist im M. L. R. sowenig geboten, als die Bestellung eines Heirathsgutes, es existirt daher niemals eine Vermuthung, daß das eine oder andere geschehen sei, es ist vielmehr Alles der Willkühr der Braut- oder Eheleute nach Tit. I. § 1 und 2 insoweit anheim gegeben, als überhaupt durch Verträge über die ehlichen Güterverhältnisse zu verfügen gestattet ist.

Wird ein Heirathsgut bestellt, so folgt daraus nicht, daß eine Widerlage von Seite des Mannes gegeben werden müsse, oder daß die Widerlage ihrem Werthe oder ihrer Größe nach jenem gleich sein müsse.

2) Aus der Natur ihres Begriffes ergibt sich indeß, daß die Widerlage in Beziehung stehen müsse zu einer bestellten dos, wie dieses auch in Tit. XVII. § 2, Tit. XXII § 1 nr. 11 des M. L. R. angedeutet ist [1]), daß sohin keine Widerlage (sondern etwa ein Witthum) vom Manne bestellt ist, wo es an der Bestellung eines Heirathsgutes mangelt.

3) Das Eigenthum des Heirathsgutes fällt nur dann an den Mann, wenn dieses vertragsmäßig bestimmt ist; diesem Verhältnisse entsprechend muß auch die Widerlage als im Eigenthume des Mannes verbleibend, aufgefaßt werden, weil sie nach Tit. XXII § 1 nr. 11 zu der Concursmasse des Mannes gezogen werden muß. Der Frau ist auch nirgends wegen der Widerlage ein gleiches Pfandrecht wie wegen ihres Heirathsgutes an dem Vermögen des Mannes eingeräumt [2]), und es kann dieses nicht auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhen, nachdem wegen ihres Heirathsgutes neben der Erwähnung der Widerlage in Tit. XXII. § 1 nr. 11 weitgehende Vorsicht getroffen ist [3]).

4) Aus diesem Mangel aller Vorsicht für die Sicherheit der Widerlage folgt auch, daß die Widerlage, wenn nicht durch Verträge anders bestimmt ist, nur der Frau auf den Todesfall des Mannes zur Nutznießung wie im gemeinen Rechte bestimmt ist, und daß sie insoferne einen merklichen Vortheil bietet, als sonst die kinderlose Wittwe nach

---

[1]) Vergl. Anm. zur bayer. G.-O. cap. XX. lit. c. „Widerlage, contrados, oder wie es die Römer nannten donatio propter nuptias, ist nichts Anderes, als was die Frau in securitatem et recompensationem des zugebrachten Heirathsgutes erlangt."

[2]) Die Widerlage genießt nämlich gemeinrechtlich eine stillschweigende Hypothek, jedoch keine privilegirte Hypothek mit Separationsrecht wie die dos.

[3]) Dieses hindert natürlich nicht, daß für die Widerlage eine hypothekarische Sicherheit bedungen und bestellt werden kann, und daß die Frau außerdem befugt ist, ihre Rechte im Concurse ihres Mannes einzuklagen, und nach dem Prioritätsgesetze § 23 Location in vierter Klasse zu verlangen, da Tit. XXII. § 1 nr. 11 Abs. 1 a. E. des Landrechtes die Frau wegen ihres Anspruches auf das gemeine Recht verweist. Das ausschließliche Genußrecht der Frau bleibt gleichwohl bis zum Tode des Mannes suspendirt.

Tit. VII. § 1 das ganze Vermögen des Mannes an dessen Erben zurückgeben muß. Diese Nutznießung fließt (unabhängig von dem Rückfalle der dos an die Frau) indeß aus der Absicht des Mannes, seine Wittwe vor Noth zu schützen, und hört daher mit ihrer Wiederverehlichung auf. Nach dem Tode der Wittwe fällt die Widerlage ohnedieß an die Erben des Mannes zurück, weil sie nicht in das Eigenthum der Frau übergegangen war; während der Ehe fällt der Ertrag in die Errungenschaft nach Tit. III. § 3 des M. L. R.

5) Werden Heirathsgut und Widerlage von den Brautleuten oder Ehegatten auf den Todesfall wechselseitig zum Eigenthum verschrieben, so liegt darin ein Erbvertrag über bestimmte Vermögenstheile, mit allen dahin gehörigen bereits erörterten Folgen und Wirkungen. Werden dagegen Heirathsgut und Widerlage zum sofortigen gegenseitigen Eigenthume übergeben, so ist dieses ein Akt der Freigebigkeit, eine Schenkung unter Lebenden, welche nach geschlossener Ehe verboten ist. Das vor der Ehe Geschenkte wächst dem Zubringen des Beschenkten zu.

§ 46.

Vom Witthum, Leibgeding.

Das Witthum ist zwar von der römischen donatio propter nuptias, aber nicht wesentlich von der Widerlage des M. L. R. unterschieden, indem es nur darin von dieser abweicht, daß es ohne Rücksicht auf ein bestelltes Heirathsgut vorkommt. Der Ursprung des Witthums ist ein wesentlich deutscher, indem schon Tacitus davon spricht, daß bei den Deutschen der Mann die Frau auszustatten pflege [1]).

Auch nach dem gemeinen deutschen Privatrecht wird angenommen, daß die Frau während der Ehe kein Verfügungsrecht über das Witthum hat, und daß sie im Concurse des Mannes kein Separationsrecht deßhalb genießt, weil der Mann Eigenthümer bleibt, und weil das Recht der Frau, das Witthum zu genießen, erst nach dem Tode des Mannes wirksam wird. Ueber den Umfang des Rechtes entscheidet die Art der Bestellung, wobei natürlich ebenso wie bei der Widerlage eine hypothekarische Sicherheit bedungen werden kann, und es außerdem der Frau unbenommen ist, obgleich zu Lebzeiten des Mannes die Bedingung der Forderung noch nicht existirt, Location im Concurse des Mannes nach § 23 des Priorit.-Ges. in IV. Klasse zu verlangen. Das Genußrecht der Frau bleibt gleichwohl bis zum Tode des Mannes suspendirt [2]).

---

[1]) Tacitus de moribus German. cap. 18 „Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert" (id est in casum futurum incertum, nimirum viduitatis, pollicetur uxori, unde post ejus mortem se exhibere possit).

Der Grund, warum der Mann für den Wittwenstand der Frau sorgen mußte, lag in dem Umstand, daß die Töchter an der väterlichen Erbschaft keinen Antheil hatten, sondern von den Söhnen oder männlichen Erben ausgeschlossen wurden. (Glück, Com. Bd. 25 S. 319 ff.)

[2]) Das Witthum ist nicht zu verwechseln mit dem namentlich in den Ländern mit sächsischem Rechte vorkommenden Dotalitium, welches die Frau durch ihre dos, die sie zurücklassen muß, erwirbt, weßhalb die Wittwe das Dotalitium lebenslänglich selbst bei ihrer Wiederverehlichung behält. Dieses tritt daher an die Stelle des Heirathsgutes, und es werden ihm alle Vorzugsrechte der dos, namentlich Separationsrecht im Concurse und privilegirtes Pfandrecht eingeräumt, dagegen kann es auch nur vorkommen, wo

Im Bezirke des M. L. R. ist dieses Witthum gewöhnlich unter dem Namen Leibgeding bekannt, und es ist auch in der That in der Praxis nichts Anderes, als ein von dem verstorbenen Gatten dem Ueberlebenden verschaffter Nießbrauch.

Das Leibgeding kommt aber auch in vielen Bezirken des M. L. R. als ein seit Jahrhunderten üblicher Gebrauch vor, und besteht darin, daß Vater oder Mutter (im Wittwenstande), oder beide zugleich, gedrückt von der Last der Jahre, öfter aber noch von der Last der Schulden, sich entschließen, ihr Haus und ihre Güter mit dem ganzen oder getheilten Bauereigeschirr und Vieh, als Appertinenzstücke des Anwesens, an eines ihrer Kinder, gewöhnlich das älteste, in einem gewissen Anschlage, käuflich zu überlassen. Dieses Kind, welchem die Eltern das Gut in gedachter Weise überlassen wollen, sieht sich um einen Mann oder um eine Frau um, welche Vermögen hat, beide versprechen sich auf dieses Gut die Ehe, sie schließen mit den Eltern den Gutskauf ab, und so sind Bräutigam sowohl als Braut Gutskäufer, und das Eigenthum geht an beide zugleich über. (Ob das Gut hiedurch zum Zubringen, oder zur Errungenschaft gehört, wird unter Tit. III. zu erörtern sein. § 71.) Die Eltern behalten sich gewöhnlich im Hause einen Wohnsitz und von den Feldgütern ihren Unterhalt bevor, welcher von den Gutsübernehmern zu entrichten ist. — Ein solches Verhältniß ist in dem Ehevertrag Formular II. nr. VI. dargestellt.

Dieser Wohnsitz nebst Unterhaltsvorbehalt wird Leibgeding genannt, und gewöhnlich auf Lebensdauer der Eltern bedungen, häufig auch wird den übrigen Kindern ein ähnlicher Wohnsitz mit Früchten als Leibgeding auf Lebensdauer oder bis zur Versorgung (Standesveränderung genannt) vorbehalten.

Nebenher wird noch ein Kaufschilling festgesetzt, wovon regelmäßig ein Theil (gewöhnlich der von dem fremden Bräutigam oder der fremden Braut zugebrachte Vermögenstheil) sogleich, der Rest in Fristen (Martinizielern) zu bezahlen ist. Die Aussteuer des Kindes wird normirt, und an dem bedungenen Kaufschilling abgezogen, und die auf dem Gute haftenden Schulden haben die angehenden Eheleute zu übernehmen. Das Leibgeding ist hier nur als ein Theil des Kaufschillings zu betrachten, und hat sohin eigentlich auf die Widerlage in Form eines Leibgedings keinen Bezug.

Gleichwohl durfte dieses Institut hier Erwähnung finden, theils wegen seiner allgemeinen Verbreitung, theils wegen des groben Mißbrauchs, welcher damit nicht selten getrieben wird. Denn es ist häufig eine Speculation überschuldeter Eltern auf den Leichtsinn der Kinder, wodurch einem Gut, welches vorher nicht im Stande war, eine Familie zu ernähren, der Unterhalt zweier Familien aufgebürdet wird, von welchen die eine (die der Eltern), nicht einmal mehr ihre Arbeitskraft

---

eine dos bestellt war. Dem Systeme des M. L. R. widerstreitet dieses Justitut, weil nach Tit. I. § 4 die dos unter allen Verhältnissen an die Frau oder deren Erben beim Tode des Mannes zurückgegeben werden muß, der Begriff des dotalitiums, welches die Stelle der dos vertritt, daher damit unvereinbarlich ist. Das dotalitium wird daher in der Regel auch größer sein, als die Widerlage oder das Witthum, weil es nebst diesen auch noch die dem Manne resp. dessen Erben verbleibende dos zu repräsentiren hat.

Als Surrogat des dotalitiums kommt der Wittwensitz vor, nämlich anstatt jener Rente der Nutzgenuß an bestimmten Gütern.

zur Bebauung beiträgt. Der so zum ökonomischen Ruin gelegte Keim führt auch in den gewöhnlichen Fällen zu unabsehbarem Familienzwist und Mißhelligkeiten, weßhalb eine gesetzliche Bestimmung zweckmäßig wäre, daß das Leibgeding nur einen aliquoten Theil des Erträgnisses des schuldenfreien Grundbesitzes nach dem wahren Werthe betragen dürfe.

Ist über die Dauer des Leibgedings nichts bestimmt, so geht es als ein Theil des Kaufschillings auch auf die Erben der Eltern über, wobei sich der die Gutsübernehmer treffende Erbtheil mit ihrem Eigenthumsrechte consolidirt resp. erlischt. (Erkenntniß d. d. Fürth den 27. Februar 1793 und des Hofgerichts von 18. März 1796. J. S. Strubel gegen Helfert. — Erk. des Rev.=Ger. vom 19. März 1794. J. S. Mai gegen Gramlich.)

Wird von dem Manne auf seinen Todesfall der überlebenden Frau oder den Kindern, sei es durch Vertrag oder Testament, ein solches Leibgeding verschafft, so ist dieses seiner Natur nach nichts Anderes, als ein dem Ueberlebenden bestimmter Nießbrauch, welcher lebenslänglich, oder bis zum Eintritte eines vorgesehenen Ereignisses, z. B. Verehlichung 2c. dauern kann, und nach den unter Tit. VII. zu erörternden Regeln des Nießbrauches zu beurtheilen ist. Die Frau resp. Wittwe hat mit den Erträgnissen des Leibgedinges ihre Kinder zu ernähren und zu erziehen, was sie davon erspart, wird ihr Eigenthum. Nach dem Tode des Leibgedingsberechtigten geht es als ein Bestandtheil der Verlassenschaft (als pars integrans hereditatis) auf die Erben über. (Erk. des Rev.=G. vom 19. März 1794. J. S. Mai gegen Gramlich.)

(I. Beilage zu Tit. I. § 5 not. **)

Kurfürstl. Mainz'sche Verordnung vom 16. Februar 1756.

Wir Johann Friedrich Karl 2c. 2c.

Nachdem uns in Mehrerem die Anzeig geschehen, wasmassen einige unserer Gerichte und Unterthanen auf dem Land sich in Zweifel versetzt sehen wollen, wie es in Fällen zu halten, wann Erb= und andere Theilungen über das Vermögen derer zwar vor der Publikation Unseres neuen Landrechtes verehlichter, und aber nach Publikation verstorbener oder noch versterbender eines oder beider Eheleute vorzunehmen seien, nämlich, ob sothane Theilungen (wann sonsten Ziel und Maß gebende Testamenten, Eheberedungen oder andere Contrakten oder Verträg nicht vorhanden seiend) nach dem dermalen verkündeten Landrecht, oder in Maßgab derer ehedessen an Orth und Enden in Uebung gewesenen Statuten oder Gewohnheiten einzurichten und zu entscheiden seien. Obschon nun Wir Uns zu unseren Aemtern und Landgerichten versehen, daß nach Anweisung des von Uns unserem gedachten Landrecht vorgedruckten Editti, sie sich bescheiden werden, daß das neue Landrecht auf jene Fälle und Vorkommenheiten nicht zu verstehen und zu erweitern, welche ihren rechtlichen Grund und Wesenheit allschon vor der Publikation erreicht haben,

mithin daß die vor der Publikation eingegangenen Ehen, und die daher bereits erwachsenen Rechte und Befugsame nicht nach dem dermaligen, sondern denen zu der Zeit der contrahirten Ehen in Uebung und rechtlichem Herkommen gewesenen Rechten und Gewohnheiten einzurichten und zu entscheiden seien, so wollen wir jedoch sämmtliche unsere Unterthanen (welche vor der Publikation des eröfterten Landrechtes in wirklicher Ehe sich befunden haben) zur Vermeidung dergleichen Zweifel und Irrungen und daher entstehen mögender Unordnung, hiemit landesväterlich erinnert, und ihnen Eheleuten freigelassen haben, daß sie danach (wann Beide, Mann und Weib dessen einverstanden sein werden) bei ihrem ordentlichen Richter sich schrift- oder mündlich erklären und anheischig machen, daß es mit ihrem beiderseitigen Vermögen und dessen Ab- und Vertheilung nach ihrem Ableben, oder wo sothane Theilungen sonst stattfinden dürften, nach dermaligem Unserem Landrecht gehalten, und dasselbe demgemäß vertheilet werden solle, welche derer Eheleute Erklärung alsdann der Richter um künftiger Nachachtung willen zu Protokoll zu nehmen, und bis zu dem sich über kurz oder lang sich ergebenden Fall wohlverwahrlich aufzubehalten, auch dem begehrenden Theil eine probmäßige Abschrift davon zu geben hätte, wornach sich mithin alle Unsere Gerichtsstellen, auch sämmtliche Unsere Unterthanen zu achten, und dieser Unserer verliehener Erinnerung und Freilassung sich zu gebrauchen wissen werden.

Gegeben unter unserer eigenen Handunterschrift und vorgedruckten geheimen Kanzlei Insigel.

Mainz den 16. Februar 1756.

L. S. Johann Friedrich Carl,
Churfürst.

(II. Beilage zu Tit. I.)

Formular eines Ehe- und Uebergabsvertrages.

Heute den . . . . . erscheinen vor mir dem k. Notar NN. zu N. in meinem Amtszimmer

1) Franz Breunig, ledig, von N. mit seinen leiblichen Eltern: Anton Breunig und dessen Ehefrau Geraud, geborne Burkard von N.
2) Katharina Sauer, ledig, mit ihren leiblichen Eltern: Michael Sauer und dessen Ehefrau Franziska, geborne Klug von N.

und erklären:

I. Franz Breunig und Katharina Sauer versprechen sich unter Zustimmung (§ 4) ihrer miterschienenen beiderseitigen Eltern zu ehlichen, und die Trauung demnächst vollziehen zu lassen. Im Falle der Nichterfüllung dieses Versprechens hat der schuldige Theil dem andern eine Entschädigung von 1000 fl. zu zahlen (§ 4).

II. Der Bräutigam Franz Breunig bringt an Ausstattung seiner Eltern in die Ehe:

a) an baarem Gelde 5000 fl.,
b) an Mobilien folgende: 2c.

Hievon schenkt derselbe seiner Braut als Morgengabe und zum Eigenthum 100 fl. (§ 45.)

III. Die Braut Katharina Sauer bringt an Ausstattung ihrer Eltern in die Ehe:

a) an baarem Gelde 5000 fl.,
b) folgende Hausgeräthe: 2c.

Von dem baaren Einbringen bestimmt die Braut 1000 fl. als Heurathsgut, wogegen der Bräutigam von seinem Eheeinbringen ebenfalls 1000 fl. als Wiederlage festsetzt (§ 29. 45).

IV. Auf den kinderlosen Sterbfall, und zwar:

a) wenn Franz Breunig zuerst versterben sollte, soll seiner Wittwe (die Morgengabe zu 100 fl. eigenthümlich) die Wiederlage von 1000 fl. zum lebenslänglichen Nutzgenusse verbleiben (§ 45), sein übriges Vermögen soll an seine nächsten Verwandten zurückfallen (§ 222);
b) sollte Katharina Sauer vor ihrem Manne versterben, so soll das bestellte Heurathsgut dem letzteren eigenthümlich gehören, ihr übriges Vermögen sollen ihre nächsten Verwandten erhalten. (§ 9.)

V. Sollte indeß die Ehe mit Kindern gesegnet werden, und von diesen alle oder eines beim Tode des zuerst versterbenden Gatten noch am Leben sein, so soll der überlebende Ehegatte den vollen lebenslänglichen Nutzgenuß am gesammten Nachlaß des zuerst versterbenden Gatten erhalten, jedoch verpflichtet sein, die Kinder bei ihrer Standesveränderung gebührend auszustatten. (§ 164.)

Im Uebrigen soll es mit dem Vermögen nach den Vorschriften des Mainzer Landrechtes gehalten werden.

VI. Ferner übergeben die Eltern des Bräutigams den beiden Brautleuten eigenthümlich ihr aus folgenden Theilen bestehendes Bauerngut:

Pl.-Nr. — ein Haus mit Scheuer und Stallung 2c.,
Pl.-Nr. — 30 Tagwerk Aecker,
Pl.-Nr. — 20 Tagwerk Wiesen,

nebst allem Bauereigeschirr, dem vorhandenen Vieh, als 6 Ochsen, 8 Kühe 2c., um den Anschlag von 10,000 fl.

Aus dem beiderseitigen Eheeinbringen werden sogleich beim Abschluß der Ehe bezahlt, resp. dem Bräutigam zur Hälfte aufgerechnet, 8000 fl., der Rest ist in vier gleichen Martinifristen 1866—1869 zu je 500 fl. abzutragen. (§ 46 Abs. 6.)

Ferner behalten sich die Gutsübernehmer folgendes lebenslängliches Leibgeding bevor (§ 46):

a) den Wohnsitz im oberen Stock des Hauses,
b) an Früchten:

Stirbt eines von den Leibgedingern, so sind die Früchte nur noch zur Hälfte an den Ueberlebenden zu entrichten. Uebrigens bleibt den vier Geschwistern des Bräutigams das gleiche Wohnsitzrecht bei ihrer Standesveränderung vorbehalten.

Wohnsitz mit dem ganzen Leibgeding werden auf 200 fl. jährlich angeschlagen, worunter der Wohnsitz mit 40 fl. in Ansatz kommt. Diese Rente ist im Hypothekenbuche sofort zu sichern.

Nach Ablesung vorstehenden Vertrages wurde derselbe allseitig als verbindlich anerkannt und unterzeichnet.

N. N.

Titulus II.

Von Einkindschaften.

§ 1.

Wer eine Einkindschaft machen könne.

„Es kann keine Einkindschaft gemacht werden, als unter „zwei Eheleuten, die würklich einander Kinder zubringen."

§ 2.

Was vor denen Einkindschaften zu beobachten.

„Solle jedes Gericht bei Aufrichtung deren Einkind„schaften sich sorgfältiger guter Circumspection und Vor„sichtigkeit befleissen, beederseits Kinder und deren Eltern, „zwischen denen die Einkindschaft gemacht werden will, Ver„mögen und Nahrung, wie auch dero Alter, Handel und „Wandel reiflich erwegen, und dahin sehen, damit zwischen „beiderseits Kindern, nach Beschaffenheit des Vermögens dero „abgelebten oder noch lebenden Vatters oder Mutters, der „künftigen Erbtheilung halber eine, wo nicht allerdings „proportionirliche, dannoch ungefehrliche Gleichheit gehalten „werde."

§ 3.

Gerichtlich berathschlaget,

„Solle keine Einkindschaft ohne gerichtliche vorher„gehende Berathschlagung aufgerichtet werden."

§ 4.

Die Proportion beobachtet,

„Vor solcher Berathschlagung (wann über allerseits „interessirter Eltern und Kinder Vermögen, zwischen welchen „die Einkindschaft aufgerichtet werden will, es seien Inven„taria und Theilungsregister vorhanden, oder nicht) sollen „dieselbe zwei deputirte Schöffen mit Zuziehung beiderseitiger „nächster Anverwandten, derer wenigstens zwei auf jeder „Seiten sein sollen, durchgehen und erwegen, was für eine „Proportion des Vermögens sich eines und andern Theils „befinde, auch was für Beschaffenheit es mit denen contra„hirenden Personen habe."

§ 5.

Von denen Blutsfreunden oder sonsten Kundschaft eingeholet,

„Da es aber eines Theils denen bei der vorhabenden „Einkindschaft interessirten Eltern und Kindern an richtigen „Inventarien oder Theilungs-Registeren, aus welchen das „Vermögen eigentlich abgenommen werden kann, ermangelen „thäte, so sollen die zwei deputirte Gerichte, durch des andern „Theils Kinder abgelebten rechten Vatters oder Mutter nächste „Bluts-Freund und andere solche Personen, welche von des-„jenigen Theils (deme es an Inventarien und Registeren „ermangelet) Gütern und Vermögen die beste Nachricht haben, „oder erlangen können, auf derselben vorhabende Handtreu-„liche Angelobung an Aydsstatt sich darüber, so viel mög-„lich, wohl informiren lassen."

§ 6.

Und die Vormünder dazu gezogen werden.

„Es sollen auch vor allen Dingen derer Kinder Vor-„mündere, welcher Vatter oder Mutter zur weiteren Ehe „schreitet, oder bereits geschritten wäre, und mit ihrem zweiten „oder dritten Ehemann oder Frau die Einkindschaft auf-„richten will, zu der Einkindschafts-Vergleichung gezogen, „und bei dem geleisteten Vormunds-Ayd befragt werden, ob „die Einkindschaft ihres Dafürhaltens ihren Pfleg-Kindern „zum Nutzen oder zum Schaden gereichen möge."

§ 7.

Auch die volljährige Kinder.

„Wann solche Einkindschaft aufgerichtet wird, können „zwar die minderjährige Kinder darzu genommen werden, „so doch eigentlich nicht nothwendig ist, wenn sie aber majoren „seind, müssen sie nothwendig darzu gezogen werden."

§ 8.

Bei Gericht ist zu referiren, und die Einkindschaft zu confirmiren.

„Wann die zwei Schöffen oder Gerichts-Deputirte, „nach denen Inventarien nnd Theilungs-Registeren, oder „deren Kindern Freunden Aussag, einen sicheren Calculum „oder Statum gezogen, so sollen sie dem ganzen Gericht „hierüber referiren, wann diese nun auch erkennen, gleich wie „die zwei deputirte Schöffen, derer Kinder nächste An-„verwandte und Vormündre, daß beiderseits eine ziemliche „Gleichheit seie, so solle die Einkindschaft von Gerichts-wegen „confirmirt, protocollirt und ausgefertiget werden."

§ 9.

Wie soches geschehen solle.

„Sollen die zwei Schöffen oder Gerichts-Deputirte, „deren Kinder nächste Freunde und Vormündere das in letzt „vorigen § 8 gemelte Gutachten schrifftlich verfassen, und „eigenhändig unterzeichnen, auch also bei Gericht übergeben, „und ad acta registriren lassen.

§ 10.

In Ermangelung dieser Requisiten ist selbige nichtig.

„Diesem allem nach ist die Einkindschaft kräftig, sonsten „ist sie null und nichtig, wenn nur eines aus diesen requi- „sitis unterlassen worden.“

§ 11.

Wann sie legal, so macht sie beiderseits gleiche Kinder.

„Ist aber die Einkindschaft legaliter gemacht, so werden „die vereinigte Kinder und deren ehliche Leibs-Erben für „beiderseits Eheleuten gleiche und rechte Kinder und Enkel „(so viel derer Eltern Verlassenschaft betrifft) geachtet.“

§ 12.

Wie diese nach dem Tod beider Eheleute.

„Was nun also beide Eheleut einander zugebracht, es „habe ihnen, oder ihren unirten Kinderen zugestanden, das solle „alles in eine Massam gezogen werden, und bei deren Ab- „leben unter ihre Kinder in die Häupter gleich getheilet wer- „den; Wann aber einige aus denen Kinderen gestorben mit „Hinterlassung einiger Enkelen, so sollen diese jure reprae- „sentationis in ihrer Elteren Platz tretten, und mit denen „anderen Kinderen ihren unirten beiderseitigen Groß-Elteren „in die Stämme succediren.“

§ 13.

und wie, und worin sie, nach dem Tod eines von ihnen succediren und erben

„Wann aber nur eines aus denen gedachten Eheleuten „stürbe, alsdann solle die erwehnte Massa in zwei gleiche „Theil getheilet werden, davon das überlebende Ehe-Genoß „die eine Hälfte bis an sein End behaltet, den anderen Theil „aber muß denen leiblichen und zugebrachten Kinderen unter „sich zu vertheilen herausgegeben werden, mithin bei denen „Einkindschaften die Vertheilung der Errungenschaft in „Schwerdt- und Rockentheil völlig aufhöret.“

§ 14.

Wie die Einkindschaft auch bei ungleichem Vermögen zu errichten.

„Wann auch schon des Gerichts-Deputirte Schöffen, die „Befreundte und die Vormündere entweder von Seiten des „Manns oder der Frau eine Ungleichheit findeten, so solle „doch eine Einkindschaft können gemacht werden, wann nur „der einen Seit so viel voraus zugeleget wird, als sie der „andern Seiten nach Proportion überlegen ist.“

§ 15.

und wie alsdann nach deren Eltern Tod zu theilen.

„Wann aber nach ein- oder beyder Eltern Tod die „Theilung erfolget, so nehmen alsdann diese Kinder ihr „gemachtes Voraus vorzüglich, und erben im übrigen, gleich „wie oben in § 12 und 13 gemeldet, mit denen anderen „Kindern in gleiche Theil.“

§ 16.

Die Kinder nehmen das anderwärts ererbte vorzüglich hinweg.

„Ebenso nehmen auch die unirte Kinder vorzüglich hin„weg, was ihnen nach gemachter Einkindschaft, währender, „oder nach getrennter Ehe, von ihren Gesippten anerstorben, „oder sonsten durch Testament, Donation oder einen andern „Titul anderwärts her anerfallen, oder zugekommen ist.“

§ 17.

Sollen, wann sie testiren, ihre rechte Eltern wenigstens in legitima einsetzen.

„Wann aber ein- oder anderes von denen Zugebrachten „und Unirten sowohl, als in der Ehe etwa erzielten Kin„deren, ein Testament machet, so sollen sie ihren rechten „Vatter oder Mutter wenigstens in legitima einzusetzen „gehalten sein.“

§ 18.

Wie diese Kinder einander unter sich erben.

„Soll auch der Vatter und Mutter diese unirte Kinder „nebst ihren rechten vollbürtigen Geschwistern erben; die stief„oder vereinkindschafftete Geschwister aber erben einander nicht.“

§ 19.

Nach aufgehobener Einkindschaft erben die unirte einander nicht weiter.

„Wann aber beide sowohl natürlich als angenommene „Eltern verstorben, und also deren Erbungsfall sich völlig „ergeben, soll diese Einkindschaft damit aufgehoben und er„loschen sein, und die halbbürtige Schwester und Brüder mit „denen vollbürtigen ferner nicht erben, sondern es alsdann „der Succession halber unter allerseits Geschwistrigen anders „nicht gehalten werden, als wann keine Einkindschaft gemacht „wäre.“

§ 20.

Wie es bei sich verheurathenden und majorenen der Aussteuer halber zu halten.

„Wann sich ein Kind verehliget, oder majoren wird, „so seind die Eheleut ihm weiter nichts, als die standes„mäßige Aussteurung zu geben schuldig, von dem Väterlichen „oder Mütterlichen erster Ehe aber bekommen sie nichts, bis „daß eines deren Eheleuten, so die Einkindschaft gemacht „haben, stirbt, alsdann wird die Theilung vorgenommen, wie „oben in § 12, 13, 15 und 16 gemeldet.“

§ 21.

Vorrecht deren Kinderen, wann der unirende Vater in Concurs verfiele.

„Und demnach durch dergleichen Vereinigung denen „Eheweibern, und deren rechten Kinderen durch die Einkind„schaft ihr gänzliches Verderben alsdann zuwachsen könnte, „wann etwa der durch die Einkindschaft eintretende Vatter „durch sein verthunisches Leben oder sonsten liederliche Haus„haltung, in großen Schulden-Last, oder gar in concursum „creditorum gerathen thäte, so wollen und verordnen Wir: „daß beider Eheleuten gemeine Nahrung, wie sich dieselbe bei

„Trennung ihrer Ehe, oder entstehendem concursu creditorum befindet, denen an Seiten des Eheweibs zugebrachten „Kinderen, wegen deren von ihrem rechten Vatter auf sie ererbten Güter, wie auch derselben rechten Mutter, wegen ihres „zugebrachten Vermögens, von der Zeit an zu rechnen, daß „der dafür angenommene Vatter die Administration solcher „mütterlicher und deren Kinder Güter angetreten hat, zum „Vorzug und stillschweigenden Unterpfand einstehen, und in „solchem Unterpfandsrecht die Kinder in ihrem Vätterlichen „und anderen ihren eigenthümlichen Gütern den Vorzug vor „der Mutter haben sollen."

oder auch die Mutter.

„Was hier oben von einem verschwenderischen Vatter „geredet worden, dieses ist auch von einer verschwenderischen „Mutter zu verstehen."

§ 47.

Geschichtliches über die Einkindschaft.

Der Einkindschaftsvertrag ist dem römischen Rechte völlig unbekannt, es findet sich in den Quellen jenes Rechtes davon nicht die geringste Spur. In einem Gutachten des Kammergerichtes zu Speyer von 1700 ist daher ausgeführt, daß die Einkindschaft, als ein Vertrag über die künftige Erbschaft ein ungültiges, gegen die guten Sitten streitendes Uebereinkommen sei, welches weder durch ein Gewohnheitsrecht noch durch ein Statut eingeführt werden könne. Gleichwohl ist es genügend nachgewiesen, daß das fragliche Institut schon vor der Bekanntschaft des römischen Rechtes in Deutschland in Uebung war, daß in einem kaiserlichen Privilegium Maximilians I. für die Reichsstadt Frankfurt vom Jahre 1494 der Einkindschaft als eines althergebrachten Rechtes gedacht wird, und daß namentlich auch eine 1450 vom Kaiser Friedrich III. verkündete kurmainz'sche Ordnung von solchen Einkindschaftungen, als einer seit langer Zeit gewöhnlichen Sache redet. (Erk. d. R. G. vom 15. Dezember 1786, J. S. Winter und Verino.)

Durch die mainz'sche Untergerichtsordnung von 1534 [1]) (abgedruckt in Sauer fasciculus judiciarii ordinis singularis Francf. 1588) wurde die seit dem XIII. Jahrhundert ziemlich formlos geübte, und der Autonomie der Contrahenten überlassene Einkindschaft in bestimmte Regeln gebracht, und insbesondere verordnet, daß die vorgeschriebenen Feierlichkeiten bei Strafe der völligen Unwirksamkeit des Vertrags genau beobachtet werden sollen. Gemäß dieser Verordnung wurde auch in den Gerichten gesprochen, jedoch so, daß bei Zuziehung der nächsten Verwandten eine Mitwirkung der Vormünder der Kinder nicht erforderlich, und ein Inventar nicht absolut vorgeschrieben sei, sondern nur die Erforschung der Vermögenssubstanz, welche auch, namentlich bei Leuten, deren ganzes Vermögen fast nur in

---

[1]) Der Titel dieser Verordnung lautet: „Untergerichtsordnung des Erzstiftes Mainz, in welcher ganz fleissig angezeigt, wie und welcher gestalt an allen und jeden obgemelts Erzstiffts auch andere Untergerichten procedirt werden soll und mag, Schultheyßen, Schöffen, Richtern und andere so an Gerichten zu handeln haben, vast dienlich und behilflich, jetzt neulich zu gemeinem Nutz zu gut gemacht, geordnet und aufgericht. 1534."

Gütern und Vieh bestehe, und gewöhnlich allen Nachbarn des Dorfes bekannt sei, auf andere Weise geschehen könne. (Urtheil des Hofgerichts zu Mainz. J. S. Stenger gegen Scheffer v. J. 1700.)

Diese Untergerichtsordnung wurde von dem kaiserlichen Kammergericht als Richtschnur angenommen, sie kommt auch mit der Fränkischen Landgerichtsordnung, mit der Darmstädtischen, Wormser, Bamberger, Solms'schen und Frankfurter Verordnung in den wesentlichsten Punkten überein, und hat offenbar zur Basis des Tit. II. des M. L. R. von 1755 gedient, so daß jene Verordnungen zur Erläuterung und Erklärung unseres Gesetzes benützt werden können.

Aus vorhandenen Einkindschaftungsformeln [1]) ergibt sich, daß durch die Einkindschaftung für die Kinder nicht allein gegenseitiges volles Erbrecht an dem zugebrachten und künftigen Vermögen, sondern auch ihre Unterwerfung unter die volle elterliche Gewalt bewirkt wurde.

Bodmann (Rheingauische Alterthümer II. Abth. S. 914 u. 915) vermuthet, die Einkindschaft möge sich aus dem Umstande entwickelt haben, daß nach einem uralten Gebrauche die Vorkinder jenen, die der eine Ehegatte in der folgenden Ehe erzeugt, in der Erbfolge vorgingen, und folglich diese ausschlossen, daß man daher auf die Idee verfallen sei, zwischen solchen aus verschiedenen Ehen erzeugten Kindern eine Gleichheit herzustellen.

Wie dem auch sein möge, und ob die Einkindschaft auch in den Mainzer Landen von dem sog. Verfangenschaftsrecht herrühren möge — wornach das Eigenthum alles unbeweglichen Vermögens auf die Kinder überging, und der überlebende Gatte nur die Nutznießung daran hatte, bis er zur zweiten Ehe schritt, und dann mit den Vorkindern völlig abtheilen mußte — oder nicht, so viel ist sicher, daß der zur weiteren Ehe schreitende Gatte vor Erlassung des M. L. R. von 1755 mit den Vorkindern abtheilen mußte (Erk. d. R. G. vom 27. Juli 1696, J. S.

---

[1]) Eine Formel von 1519 lautet: In des Herrn Namen Amen. Kund und offenbar sei menniglichen, daß uf heut dato Kathrin weyl. N. N. nachgelassene Wittib, doch mit Bewilligung und Vorwissen N. N. und N. N. als verordnete und gesetzte Vormunder, obgedachter Kathrina zweier Kinder N. und N. so sie mit obgemelden ihren ehlichen Haußwirth N. N. ehlich erzielt, und erobert, sich zu N. N. ehlich verheurathet, und einer Einkindschaft folgendermaßen vereinigt und entschlossen, nehmlich und also, daß zwischen itzbemelden beeden Ehleuten und ihr Katharine zweier erster Ehkinder, auch den Kindern, so sie beede Ehleut aus Gottes Ordnung mit einander zu bekommen verhoffen, durchaus in aller und jeder liegender und fahrender Nahrung, wie sie die zusammen bringen, und in stehender Ehe bei einander erobern, erwerben, erringen, gewinnen und überkommen möchten, von dem allein nichts ausgeschieden noch hintangesetzt, eine Einkindschaft sein und bleiben, auch dafür gehalten, und geachtet werden solle. Allermassen und gestalten, als ob sie alle von einem Vatter und Mutter eheleyblich geboren und recht natürliche Geschwister weren; Alles sonder Geverde.

Solche Einkindschaften wir obgedachte Vormünder unserer zwei Pflegkinder, in Ansehung dieselbe ganz jung und unerzogen, auch derselben nachgelassene und inventirte väterliche Nahrung ganz geringschätzig und bis zu 42 fl. Schuld vorhanden, zu guten sonderlich fürzunehmen betracht, und also in Erwägung derselben Nutzen drein bewilligt haben, daß wir bei unserem gethanen Ayd und Pflicht also betheuern. Wir vorgedachten Eheleute N. N. und N. N. erkennen auch hiermit gleichermaßen, daß solches Alles wie obsteht, mit unserm guten Wissen und bewilligen geschlossen, fürgenommen und vollzogen worden ist. — Geben Donnerstag 22. August 1549. Lect. ven. 23. August 1549 ist diese Einkindschaft aus sonderlichen Ursachen durch Schultheis und Scheffen zugelassen worden.

Schmalz gegen Schmalz), und daß auch später noch angenommen wurde, es könne, wenn nicht beiderseits Kinder zugebracht werden, durch einen blosen Ehevertrag der Stiefvater als rechter Vater eingesetzt werden, mithin auch die Vorkinder per fictionem unionis als rechte Kinder. Es wurde dabei die Anschauung zu Grunde gelegt, eine dadurch bewirkte Vater- oder Mutterschaft und Kindschaft habe hauptsächlich das Erbrecht zum Zwecke, und die Einkindschaft selbst sei zu Gunsten der Kinder durch deutsche Gewohnheit und Uebung eingeführt worden; wenn auch die Einkindschaft vor dem Landrechte im Kurstaate gar nicht Sitte gewesen wäre, so bestände doch jedenfalls kein deßfallsiges Verbot, und die Eheleute könnten also doch die Einkindschaft wie jeden anderen nicht verbotenen Vertrag eingehen. (E. d. R. G. vom 15. Dezember 1786. J. S. Winter gegen Verino.)

Die oben erwähnte Pflicht der zur weiteren Ehe schreitenden Eltern mit ihren Vorkindern abzutheilen, war der Grund der Einkindschaft, damit, wie das Privilegium Kaiser Maximilians I. anführt, dadurch die Eltern bei häuslichem Wesen bleiben, und sich selbst und die Kinder desto besser ernähren können, was sonst, wenn sie bei Veränderung ihres Standes mit den Kindern zu theilen gezwungen würden, nicht geschehen möchte. Darum ist die Einkindschaft auch mit der allgemeinen Gütergemeinschaft, wie z. B. im fränkischen Landrecht, Tit. 109, gewöhnlich verbunden, weil bei dem Abschluß einer zweiten Ehe die mit den Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft nothwendig aufgehoben werden muß, d. h. weil der überlebende Gatte, sobald er den Wittwenstuhl verrückt, mit den Kindern erster Ehe abzutheilen hat, diese Abtheilung aber oft sehr peinlich wird, und daher durch die Einkindschaftung vermieden werden soll.

§ 48.

Begriff der Einkindschaft.

Nach dem bereits Vorgetragenen ist die E. ein ächt deutsches Institut, für welches keine bestimmte römische Analogie paßt. Gegen die Annahme einer Adoption spricht schon der Umstand, daß hier ein Vater mit seinen Kindern, die er schon in seiner Gewalt hat, einen Vertrag schließen würde, und daß nach der Absicht der Contrahenten die Begründung einer väterlichen oder elterlichen Gewalt häufig gar nicht bezweckt wird.

Als Erbvertrag kann zwar nach der Absicht der Contrahenten die E. vorkommen, allein gemeinrechtlich liegt kein Erbvertrag zu Grunde, denn durch diesen würde das elterliche Verhältniß, welches zwischen den Gatten und den Kindern beider Ehen in der Weise entstehen soll, als wenn alle aus einer Ehe stammten, gar nicht erklärt werden.

Als Begründungsart der väterlichen Gewalt im römischen Sinne kann die E. gleichfalls nicht betrachtet werden, weil man sonst dem Stief-Parens auch alle Rechte, die der römische Vater über die leiblichen Kinder hatte, geben müßte, und weil sich die eigenthümlichen Erbfolge-Verhältnisse aus der väterlichen Gewalt doch nicht erklären würden.

Wenn nun geschichtlich, und durch Vergleichung mit ähnlichen Instituten des römischen Rechtes nachgewiesen werden kann, daß die E. eine ächt deutsche Einrichtung ist, um bei Eingehung weiterer Ehen die

damit sowohl für die Eltern als für die Kinder zu besorgenden Schwierigkeiten zu lösen, so wird sich aus diesem Zwecke auch der Begriff der E. leicht finden lassen; die E. ist daher ein Rechtsinstitut, gemäß welchem man durch eine Fiktion die spätere Ehe als die erste, und alle aus verschiedenen Ehen erzeugte Kinder als aus einer und derselben Ehe erzeugt betrachtet, d. h. durch die E. (unio prolium) treten die Abkömmlinge verschiedener leiblicher Eltern in Beziehung auf ihr Erbrecht zu den unirenden Eltern in ein Verhältniß, als wenn sie von denselben Eltern abstammten. Das dadurch bewirkte Verhältniß der vereinigten Kinder zu einander ist dabei von untergeordneter Bedeutung, weil direkt durch die Ehe in erster Linie nur Verhältnisse der Gatten unter sich und zu ihren Kindern gebildet werden.

Da übrigens durch diese Gleichmachung der Abkömmlinge verschiedener Ehen bereits erworbene Erbrechte der Kinder an dem Vermögen ihres zuerst verstorbenen leiblichen Elterntheiles abgeändert werden, worüber die Eltern außer der E. nicht verfügen dürfen, so ist das Institut selbst ein singuläres, d. h. die E. kann nur da stattfinden, wo das Statutarrecht dieselbe gestattet, und sie kann nur unter jenen wesentlichen Bedingungen und mit jenen wesentlichen Folgen geschlossen werden, welche das Statut vorschreibt. (M. L. R. Tit. II. § 10.)

Zu den wesentlichen Bedingungen gehört die Untersuchung der Frage, ob in dem gegebenen Fall eine E. errichtet werden darf, und die Beobachtung der Form der Errichtung; zu den wesentlichen Folgen gehören die Erbrechte der Eltern und Kinder, welche, wenn die E. rechtskräftig errichtet ist, absolut (ipso jure) eintreten, und durch Vertrag der Contrahenten nicht abgeändert werden können. Denn so wenig ohne E. die gesetzlichen Erbrechte der Kinder durch Vertrag oder Testament der Eltern gekränkt werden können, eben so wenig kann dieses in Ansehung der durch die E. an die Stelle des sonstigen Erbrechtes getretenen gesetzlichen Erbfolgebestimmungen der E. stattfinden.

Gegenstand der Willkühr der Contrahenten ist daher nur die Frage, ob eine E. geschlossen werden soll, und wie dabei etwa durch Bestimmung eines „Voraus" die Kinder resp. Eltern gleichgemacht, unirt werden sollen. Alles Uebrige, die Form und Folgen der Errichtung, z. B. die Zuziehung der Verwandten und Vormünder, die gerichtliche Untersuchung des Vermögensstandes, die Prüfung der Zweckmäßigkeit, der gerichtliche Beschluß, die Erbrechte, das Ende der E., die Abtheilungsart &c., ist der Bestimmung der Parteien gänzlich entrückt. Die Solms'sche Landordnung schreibt (Thl. II. Titl. XX. § 2) vor: „So ordnen wir, daß hinfort gedachte Einkindschaften anders nicht, dann auf nachfolgende Maß und Form aufgerichtet werden, und da solches unterlassen, dieselben nichtig und unkräftig seien &c."

So viel steht gemeinrechtlich, und auch nach M. L. R. bezüglich des Begriffes der E. fest, daß durch sie ein legitimes Elternverhältniß nachahmungsweise, wenn auch nicht präcise mit der väterlichen Gewalt geschaffen wird, und daß sie daher außer der Ehe, der Adoption und der legitimatio per subsequens matrimonium der vierte Modus ist, ein Elternverhältniß (hier in Bezug auf die Vorkinder) herzustellen. Die Absicht des Vertrages geht nach Tit. I. § 11 dahin, daß die beiderseitigen Erbrechte von Kindern aus zwei verschiedenen Ehen in Bezug auf den Nachlaß der Eltern so ausgeglichen werden sollen, als ob

sie nicht blose Halbgeschwister, sondern als vollbürtige Geschwister aus derselben Ehe entsprossen wären.

Obgleich die E. regelmäßig mit der Allgemeinen Gütergemeinschaft in Verbindung steht, und regelmäßig da auftritt, wo jene im Partikularrechte statuirt ist, und dann auch die allgemeine Gütergemeinschaft zur Folge hat, sobald jene constituirt ist, so bleibt doch damit die Frage unentschieden, ob das M. L. R. im Falle einer errichteten E. auch auf das dadurch geschaffene güterrechtliche Verhältniß sein System der Errungenschaftsgemeinschaft angewendet wissen will, so daß die daraus fließenden Rechte ipso jure den Eltern und Kindern zu statten kommen.

Zu verkennen ist nicht, daß das Institut selbst in sich manche Gefährlichkeit trägt, denn die Kinder der Vorehe gelangen dadurch zwar zu einem Erbrechte an ihrem Stiefparens, und können dadurch gewinnen, allein sie müssen auf ein bereits angefallenes Erbtheil verzichten, und es kann ihnen durch schlechte Wirthschaft in der weiteren Ehe Alles verloren gehen; wegen dieser Gefährlichkeit ist denn auch die E. in manchen Partikularrechten geradezu verboten, z. B. im bayerischen Landrecht P. I. cap. V. § 12 und Rothenburger Statutarrecht (Weber, Bd. II. S. 1045). Dagegen ist sie sehr häufig in Franken, und zwar regelmäßig neben der allgemeinen Gütergemeinschaft vorhanden, doch gibt es auch Partikularrechte, welche die Gütergemeinschaft ohne die Einkindschaft haben, z. B. die Nürnberger Reformation und umgekehrt andere mit Einkindschaft, obgleich bei ihnen der gesetzliche Güterstand der Gatten nicht die Gütergemeinschaft ist [1]).

---

[1]) In Bayern kennen das Institut überhaupt folgende Rechte: 1) das Würzburger Landrecht Tit. 108—119; 2) das daraus entwickelte Schweinfurter Recht Tit. 46. 49. 66—70; 3) das Preußische Landrecht Thl. II. Tit. 1 § 717—752; 4) die Brandenburger Landesconstitution VII. 20; 5) die Dinkelsbühler Statute I. 3; 6) die Praxis der Stadt Weißenburg (Weber, Bd. II. S. 1061); 7) das Bamberger Landrecht II. cap. 1 Tit. 3 § 710—723 Tit. 5 § 1—21 Tit. 6 § 1—25 cap. 2—4 in vielen einzelnen §§, dann 1. u. 2. Anhang; 8) das Oberpfälzer Landrecht Thl. I. Tit. 26; 9) das Hohenloher Landrecht Tit. I. § 6; 10) die Erbacher Statute von 1520 Art. 6 § 5. 6. 10 und die Untergerichtsordnung von 1525 Tit. 22; 11) die Kasteller Verordnung von 1801 § 22—45; 12) die Rechtern'sche Einkindschaftsverordnung vom 20. Oktober 1596; 13) die Praxis des Fuldaer Rechtes (Thomas, Bd. II. § 326—327); 14) das Solmser Recht Thl. II. Tit. 20; 15) das Mainzer Recht Tit. II.

Die richtigste Auffassung des Instituts findet sich im Würzburger Recht, welches die Bedeutung desselben darin sieht, daß die eingesetzten Eltern und Kinder gegen einander alle Rechte natürlicher erhalten, nicht blos in Erbgerechtigkeit, sondern auch in allen anderen Stücken (Tit. 108 § 1 Tit 118 § 1), was denn auch in den Ausdrücken „rechtgemachter" oder „eingesetzter" Vater oder Mutter liegt. Das Gleiche gilt von dem Schweinfurter Recht Tit. 66 § 2 und Tit. 68 § 1—3, und, wenn auch weniger klar gefaßt, von dem Kasteller Recht (in Vergleichung der §§ 22. 23. 45), und dem Preußischen Landrecht §§ 717—720 u. 752. — Die meisten Partikularrechte fassen das Institut beschränkter, indem sie es nur als Theil und Folge der Gütergemeinschaft betrachten, und es nur auf das Vermögen, und die Erbfolge beziehen. (Bamberger L. R. S. 234 § 6). — Hohenloher Landrecht Tit. VI. § 1. 9. — Am unbestimmtesten und unreinsten ist die Auffassung der Brandenburger Constitution, welche keine Definition enthält, aber der Idee der Adoption und des Erbvertrages zu huldigen scheint, und deßhalb vorschreibt, daß in jedem einzelnen Falle über die Erbrechte Verabredung getroffen werde.

Die Theorie unterscheidet in der Lehre von der E. verschiedene Abstufungen: 1) die Filiationstheorie, welche das Wesen des Vertrages in die künstliche Herstellung eines solchen Rechtsverhältnisses zwischen den unirenden Eltern und Kindern aus

§ 49.

Vorbedingung der Einkindschaft.

Das allgemeinste Erforderniß der E. ist, daß sich jemand zum zweitenmale verheirathen will, der schon aus einer früheren gültigen Ehe Kinder hat, sogenannte Vorkinder. In der ältesten Zeit mußten beide Eheleute sich Kinder zubringen, und so auch jetzt noch nach M. L. R. Tit. II. § 1 — die sogenannte zweiseitige E. [1]).

Daß das M. L. R. Tit. II. § 1 nur eine sog. zweiseitige E. zulassen wollte, ist aus den Worten des Textes selbst nicht zu bezweifeln, und wird noch mehr bestätigt durch § 2 l. c., wonach Vermögen und Nahrung der „beiderseits" Kinder und Eltern, zwischen denen die E. gemacht werden will, erwogen werden soll.

---

verschiedenen Ehen setzt, daß die letzteren gleichsam als leibliche Brüder und Schwestern und Miterben, als Kinder einer und derselben neu eingegangenen Ehe erscheinen. Diese Theorie zerfällt wieder in zwei Unterarten, a) in die unvollkommene oder blose Erbvergleichungstheorie (M. L. R. II. § 11. — Solmser Landrecht § 1. 10. — Erbacher Landordnung § 1. — Würtemberger Landrecht § 11; b) in die vollkommene oder Mundialtheorie mit elterlicher Gewalt (Fränkische L. G. O. Tit. 118 § 1); 2) die Adoptionstheorie, da die E. keiner Materie des gemeinen Rechtes ähnlicher ist, als der Adoption; 3) die Erbgedingstheorie; 4) die Communionstheorie als Grundlage einer neuen Gütergemeinschaft, oder als Ursache der fortgesetzten Gütergemeinschaft. (Gengler, d. P. R. S. 868 ff.)

[1]) Diese Anordnung des Gesetzes scheint den Fall vermeiden zu wollen, in welchem nach anderen Statuten, z. B. der Frankfurter Reform. III. Thl. Tit. X. § 18, Solmser Landrecht II. Thl. Tit. XX. § 16, die E. sich von selbst wieder auflöst, wenn nur von einer Seite Kinder zugebracht wurden, und in zweiter Ehe entweder keine Kinder geboren, oder die darin gebornen wieder verstorben waren. Die Dinkelsbühler Statuten § 12 schließen sich diesen Rechten an, machen aber den Beisatz, „wenn nicht etwas Anderes verabredet ist", und bilden so den Uebergang zur Gestattung der einseitigen E., welche sich in den meisten Partikularrechten findet, und auch gemeinrechtlich angenommen werden muß.

Auffallend ist es, daß das M. L. R. sich dieser zweiseitigen E. zuneigte, und sie als die einzig mögliche Art darstellte, nachdem in den vorhandenen Akten selbst noch nach der Verkündung dieses Gesetzes vielfach von den Gerichten die Meinung angenommen war, die E. sei ein auf der Willkühr beruhender Vertrag, und daß man sie schon dann als geschlossen erachtete, wenn in den Ehepakten der Vater oder die Mutter als rechter parens mit der Formel eingesetzt waren, daß es bei erfolgtem Sterb- oder Theilungsfall bezüglich der ersten und zweiten Ehekinder heißen solle „so viel Pfund als Mund". (E. d. Rev.-G. vom 15. Dezember 1786. J. S. Winter gegen Verino).

Hiernach legte man offenbar der E. die Natur eines Erbvertrages bei, d. h. es wurde den Kindern erster Ehe, den Vorkindern, am Vermögen des zweiten Ehegatten, also ihres Stief-Parens ein gleiches Erbrecht constituirt, wie dasselbe seinen zu erwartenden Kindern zweiter Ehe, den Nachkindern, schon gesetzlich zusteht. In dem erwähnten Erkenntniß ist ausdrücklich angeführt, daß die Existenz von zweierlei Kindern zur E. nicht erforderlich gewesen sei, indem alle Rechtsgelehrten darin übereinkämen, daß es zur Errichtung der E. genüge, wenn von dem einen Theile der Eheleute Kinder, und von dem andern spes futurae sobolis procreandae vorhanden sei.

In einem anderen Erkenntniß des Rev.-G. vom 13. August 1793 und vom 24. Oktober 1797, J. S. Förster gegen Michel, ist gleichfalls der gegen die Gültigkeit des E.-Vertrages gerichtete Einwand, daß nur von einer Seite Kinder zugebracht worden seien, verworfen, deßgleichen in einem Erkenntniß des Hofgerichts vom 24. Februar 1792 und des Stadtgerichts vom 27. Mai 1789, J. S. Martin gegen Martin, sowie in einem weiteren Erkenntnisse des Rev.-G. vom 21. Januar 1796, J. S. Berberich gegen Berberich.

§ 50.

Wann kann die Einkindschaft geschlossen werden.

Nach anderen Statuten, z. B. der Frankfurter Reform Thl. III. Tit. X. § 2, ist vorgeschrieben, daß die E. nur vor der Trauung geschlossen werden kann, weil angenommen wird, daß nach Vollzug der Ehe nicht mehr mit der gehörigen Rücksicht auf den Vortheil der Vorkinder aus Liebe zu dem zweiten Gatten werde verfahren werden. Andere Statute, insbesondere das Würzburger Landrecht Tit. 110, gestatten die Errichtung auch nach vollzogener Ehe durch besondere Verträge. Das M. L. R. hat sich zwar nicht direkt über diese Frage ausgesprochen, indeß ist doch in § 6 durch die Worte, „welcher Vatter oder Mutter zur weiteren Ehe schreitet, oder bereits geschritten wäre", hinlänglich ausgedrückt, daß gegen die Errichtung der E.-Verträge während der zweiten Ehe kein Bedenken erhoben werden wollte, da solche Verträge gewöhnlich Gegenstand der Ehepakten sind, diese gemeinrechtlich auch nach dem Eheabschluß errichtet werden können, und das M. L. R. die spätere Errichtung von Eheverträgen überhaupt nicht untersagt hat. Selbst durch §. 1 l. c. scheint diese Erlaubniß angedeutet zu sein, indem es dort heißt, „es kann keine E. gemacht werden, als unter zwei Eheleuten", d. h. unter zwei Leuten, die verehlicht sind.

Regelmäßig wird indeß doch die E. vor der Eingehung der weiteren Ehe zu geschehen haben, was auch das Solmser Landrecht Thl. II. Tit. XX. § 1. vorschreibt, weil sonst der Zweck dieses Instituts, nämlich die Umgehung der Abtheilung mit den Vorkindern, vereitelt würde. Eine blose Verabredung der E. mit den Kindern der Vorehe auf den Fall einer Wiederverehlichung ist übrigens schon aus dem Grunde unstatthaft, weil die nothwendige Prüfung ihrer Zweckmäßigkeit hauptsächlich von der Untersuchung der Verhältnisse beider Gatten abhängig ist. Das Würzburger Landrecht hat eine solche Verabredung auch in Tit. 112 ausdrücklich verboten.

§ 51.

Bedeutung der Formen der Einkindschaft.

Die Errichtung der E. ist in allen Statutarrechten mit bestimmten Formen umgeben, von deren Beachtung die Gültigkeit des Vertrages abhängt. (M. L. R. Tit. II. § 10.) Der Zweck dieser Form ist, die zu unirenden Kinder, welche für das Recht, ihre Stiefeltern zu beerben, dem Eigenthum an dem bereits erworbenen Vermögen entsagen, und größtentheils wegen Minderjährigkeit noch selbst willenlos sind, gegen Nachtheile zu sichern.

§ 52.

Wesentliche Erfordernisse, Einwilligung der Contrahenten.

Zur Gültigkeit des E.-Vertrages ist zunächst die freie Einwilligung der Betheiligten erforderlich, und zwar:

1) Die freie Einwilligung der zu unirenden Kinder. Die gesetzliche Vormundschaft des leiblichen parens cessirt in diesem Falle

wegen seines collidirenden eigenen Interesses. Diese Einwilligung ist nothwendig, weil, wie schon erwähnt, die Vorkinder zwar einerseits ein neues Erbrecht erlangen, dagegen aber auf ein ihnen bereits zugefallenes Erbtheil, nämlich auf das Vermögen ihres verstorbenen leiblichen parens, verzichten müssen. Sind also unter diesen Vorkindern Minderjährige, so muß ihnen ein Curator für diese Handlung besonders bestellt werden. Eine E. bindet daher nur jene Vorkinder, welche entweder selbst, oder durch ihre Vertreter zugestimmt haben [1]).

Das Landrecht stellt es zwar in § 7 in die Willkühr, minderjährige Vorkinder zu dem Vertrag beizuziehen, indem es dieses nicht für nothwendig erklärt; nachdem aber nach Tit. V. § 13 die Tutel mit der Pubertät aufhört (§ 113), und dann die Curatel beginnt, sohin der gemeinrechtliche Unterschied rücksichtlich der Consensfähigkeit der mannbaren Minderjährigen im Landrecht angenommen ist, wird man die Anordnung des Tit. II. § 7 lediglich auf die noch nicht mannbaren Minderjährigen beziehen müssen, und die consensfähigen Minderjährigen mit ihrer Zustimmung zu hören haben [2]).

Die Vormünder sollen auf ihren Eid gerichtlich befragt werden (M. L. R. § 6), ob sie die E. für ihre Pflegkinder für nützlich oder schädlich erachten. Die volljährigen Vorkinder treten dagegen als selbstständige Mitcontrahenten auf, und können bei der Errichtung der E. nicht umgangen werden (M. L. R. § 7). Die Verweigerung ihrer Einwilligung macht daher den Vertrag unmöglich.

2) Nebst den Vormündern sind auch noch die beiderseitigen Anverwandten, „deren wenigstens zwei auf jeder Seite sein sollen", bei Errichtung der E.-Verträge betheiligt. (Tit. II. § 4. 5. 8. 9 des M. L. R.)

Der Zweck der Beiziehung der Verwandten besteht darin, daß sie bei Mangel hinlänglicher Inventarien oder Theilungsregister über die Vermögensverhältnisse Aufschluß ertheilen (§ 5), daß sie einen Vermögenscalcul mit den Vormündern ziehen (§ 8), und mit diesen darüber ein schriftliches Gutachten erstatten sollen (§ 9). Nebstdem bleibt nach § 2 den Gerichten vorbehalten, durch eine größere Zahl der nächsten Verwandten die persönlichen Verhältnisse der Eltern ꝛc. ꝛc. zu erforschen, weil diesen wohl in den meisten Fällen die beste Kenntniß dieser Beziehungen zur Seite steht.

Mit dieser Auffassung stimmen überein die Frankfurter Reform. Thl. III. Tit. X. § 4 u. 5 und die Solmser Landordnung Thl. II. Tit. XX. § 3, welche nur da, wo keine Vormünder nöthig sind, die Berufung der Verwandten erfordert. Andere Statutarrechte, z. B. das Würzburger Landrecht Tit. 111 § 9. 14 Tit. 114 § 3, Schweinfurter Recht Tit. 66 § 5 erfordern allerdings absolut die Zuziehung der Verwandten, so daß die Einwilligung derselben weder durch das Gericht

---

[1]) Andernfalls müssen die nicht zustimmenden Vorkinder, sofern ihre Verweigerung wegen Mündigkeit oder Volljährigkeit Bedeutung hat, abgetheilt werden, und es findet also nur eine theilweise E. der Vorkinder statt.

[2]) Die Zuziehung consensfähiger Kinder, deren Einwilligung dann auch nothwendig ist, ist vorgeschrieben in der Frankf. L. G. O. Tit. 111 §12—16, Verordnung vom 3. Mai 1782 nr. 1 in der Sammlung Bd. III. S. 264. — Schweinf. St. R. Tit. 66 § 7. Kasteller Ver. § 26—29. — Schneidt, thes. I. S. 1916 ff.

ergänzt, noch gegen deren Weigerung auf E. erkannt werden kann. Nur im Falle, daß die Verwandten selbst verschiedener Meinung sind, kann nach Verordnung vom 17. April 1716 (Sammlung Bd. I. S. 596) durch das Gericht entschieden werden.

3) Selbstverständlich ist die freie Einwilligung der unirenden Eltern erforderlich, weil mit der E. jedem Stiefparens ein Notherbe in der Person jedes der Vorkinder constituirt werden soll [1]).

4) Außerdem können noch andere Personen als Interessenten, und selbst als Contrahenten auf eigenen Namen bei dem E.-Vertrage auftreten, wenn sich die Wirkung des Vertrages auch auf sie erstrecken soll, z. B. auf die Eltern des stiefelterlichen Theiles, wenn den Kindern auch an deren Vermögen Erbrechte eingeräumt werden sollen. Im M. L. R. ist dieser Fall allerdings nicht erwähnt, allein er ist auch seinem Systeme nicht entgegen, und in verschiedenen Statuten ist er ausdrücklich vorgesehen. (Würzb. L. R. Tit. 102 § 9. 10. — Schweinf. L. R. Tit. 67 § 2—7. — Bamb. L. R. S. 259 ff. — Dinkelsbühler Statut. § 14).

Es wird namentlich im Würzb. L. R. das Recht der E. nicht blos dem Vater und der Mutter, sondern auch den Großeltern eingeräumt (welche den Eltern gleich geachtet werden) und zwar nicht blos wenn letztere selbst zur weiteren Ehe schreiten, sondern auch dann, wenn ihre Kinder sich weiter verehlichen. (L. G. O. Thl. III. Tit 119 § 3.) Es kann durch die E. auch das Notherbenrecht der Ascendenten und Geschwister der unirenden Eltern vernichtet, oder zurückgesetzt werden, allein demungeachtet ist aus diesem Grunde deren Zustimmung zu dem E.-Vertrage nicht nothwendig, weil es dieses Institut von selbst mit sich bringt, daß den unirenden Eltern neue Descendenten geschaffen werden, welche dann ipso jure den Ascendenten und Geschwistern der Eltern mit ihrem Erbrechte vorgehen. (Glück, Com. Bd. 38 S. 105.)

Die Zuziehung aller sub nr. 1 u. 2 genannten Personen und zu dem angegebenen Zwecke ist unter Strafe der Nichtigkeit von dem Gesetze verlangt (M. L. R. § 10), es können daher auch die Vormünder der Vorkinder weder durch deren Vater noch durch ihre großjährigen Geschwister, noch durch das Gericht selbst in seiner Eigenschaft als Obercuratelbehörde ersetzt werden.

§ 53.

Wer kann eingekindschaftet werden.

I. Daß die E. nur zwischen überlebenden Eheleuten, welche sich beide Kinder zubringen, stattfinden soll, ist bereits erwähnt, allein die Frage, ob auch außerehliche Kinder eingekindschaftet werden können, ist damit nicht entschieden, weil sowohl der einzukindschaftende Vater als die Mutter vorher verheirathet gewesen sein, und doch Kinder haben kann, welche nicht ehlich erzeugt sind.

---

[1]) Eine besondere Eigenthümlichkeit enthält in dieser Beziehung das Bamberger Recht, die sog. unvollkommene E., zu welcher der Consens des stiefelterlichen Theiles nicht erforderlich ist. Sie ist aber eigentlich nach ihrem Wesen gar keine E., sondern nur eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft des rechten Vaters oder der rechten Mutter mit den Kindern, wenn bei der zweiten Ehe nicht Gütergemeinschaft mit dem 2ten Ehegatten verabredet wird. (L. R. S. 234 §. 6. — Spies, S. 118).

Für den Fall, daß diese außerehlich gebornen Kinder bereits durch eine Ehe legitimirt waren, wird die Möglichkeit, sie einzukindschaften, keinem Bedenken unterliegen, weil die Wirkungen der außerehlichen Geburt durch die Legitimation bereits in jeder Beziehung getilgt waren. Ein Anderes aber ist es, wenn der einzukindschaftende Parens noch nicht legitimirte, oder nebst ehlichen Kindern auch außerehliche zubringt [1]).

Für die E. außerehlicher Kinder fehlt der diesem Institut unterstellte Zweck, nämlich die Erhaltung der durch die erste Ehe begründeten Vermögensverhältnisse, wodurch die Subsistenz der Familie, der Fortgang des Gewerbes oder Geschäftes bedingt ist, auf welches die erste Ehe gegründet, und die zweite Ehe nothwendig wurde; sie erscheint wesentlich als eine Begünstigung der Eltern, als Mittel der Aufrechthaltung und Fortführung ihres Hausstandes. Dieses Alles tritt bei außerehlichen Eltern und Kindern nicht ein, indem erstere noch keinen Familienstand, letztere noch kein ererbtes Vermögen ihres verstorbenen Parens hatten, deren beiden Einwerfung in die weitere Ehe die Gesetze offenbar im Auge hatten.

Wenn auch nicht klar ausgesprochen, so ist doch durch das in Tit. II. § 1 gebrauchte Wort „Eheleute“ wenigstens angedeutet, daß das Gesetz nur eine Fortsetzung des früheren ehlichen Verhältnisses im Sinne hatte, und daß man daher nach dem Grundsatze, „singuläre Institute sollen nicht ausgedehnt werden“, auch nach M. L. R., so wie gemeinrechtlich die aufgeworfene Frage verneinen muß. (Runde, d. P. R. § 673. — Eichhorn, § 348. — Mittermaier, § 370. — Bl. f. R. A. Bd. IV. S. 248—254.) Dazu kommt noch, daß in § 6 des M. L. R. von Vormündern jener Kinder die Rede ist, deren Eltern zur weiteren Ehe schreiten, also von Kindern aus einer früheren Ehe, daß ferner in § 11 des M.L.R. die ehlichen Leibeserben ausdrücklich genannt sind, und daß auch die verwandte Frankf. Reform. Thl. III. Tit. X. § 2 (von der Einkindschaft) sagt: wenn sich zwo Personen ehlich zusammen verheurathen wollen, so aus voriger Ehe beiderseits Kinder haben, oder da gleich nur der Mann oder die Frau aus voriger Ehe Kinder haben ꝛc.

II. Eine weitere Frage ist die, ob Kinder, welche im Bezirke des M. L. R., wo nur die zweiseitige Einkindschaft statt hat, bei Domicilsveränderung und an einem Orte, wo auch einseitige E. gestattet ist, in eine Ehe eingekindschaftet werden können, in welche vom Stiefparens keine Kinder zugebracht werden. Bei der Entscheidung dieser Frage ist zu erwägen, daß alle auf die E. bezüglichen Rechte der Kinder erst durch die E. entstehen, daß also aus dem früheren Eheverbande erworbenen Rechte der Kinder in dieser Beziehung nicht abgeleitet werden können,

---

[1]) Das Pr. L. R. § 719 mit Erläuterungen vom 30. Juni 1823 verneint diese Frage, indem es sogar Kinder aus einer Ehe zur linken Hand von der Einkindschaft ausschließt. Dagegen ist im Kasteller Recht § 114 die Einkindschaftung außerehlicher Kinder durch die Mutter zugelassen, und eine fränkische Verordnung vom 9. April 1791 (Samml. Bd. III. S. 473) gestattet dieses auch mit genauen Vorschriften. Alle übrigen Partikularrechte, und die Lehre des gemeinen Rechtes umgehen diese Frage gänzlich. Die Meinung, daß die Einkindschaftung der Mutter jedenfalls, und dem Vater wenigstens dann zu gestatten sei, wenn er das Kind durch Rescript hat legitimiren lassen, ist vertheidigt in Schneidt thesaurus juris Francon. S. 1753, dagegen gestattet Geigel in Zurheins Beiträgen Bd. III. nr. 22 dieses Recht zwar der Mutter, aber nicht dem Vater.

daß folglich auch die unter der Herrschaft des M. L. R. gebornen Kinder an einem andern Orte bezüglich ihrer noch nicht entstandenen Rechte den dort gültigen Gesetzen unterworfen werden können, nach dem Grundsatze, daß die Gesetze des Ortes die Gültigkeit der dort vorgenommenen Handlung regeln. (locus regit actum.)

III. Daß nicht blos bei der zweiten, sondern auch bei der dritten und weiteren Ehe desselben Gatten resp. Elterntheiles eingekindschaftet werden kann, ist nach § 6 des Landrechtes unbedenklich, allein gerade die dort gebrauchten Worte: „es sollen auch der Kinder Vormünder, deren Vater oder Mutter zur weiteren Ehe schreitet, und mit ihrem zweiten oder dritten Ehemann oder Frau die Einkindschaft aufrichten will", lassen wichtige Bedenken über ihre Anwendung zu. Es sind hier folgende mögliche Fälle zu unterscheiden:

A. Wenn die Vorkinder eines jeden Ehe-Theiles

1) nur leibliche Kinder desselben sind, und zwar alle aus einer Ehe, so ist die Einkindschaft unbedenklich; denn sind sie aus der zweiten Ehe, so ist kein Grund denkbar, warum die erste kinderlose Ehe ein Hinderniß sein sollte, sind sie aber aus der ersten Ehe, und waren sie in die zweite kinderlose Ehe eingekindschaftet, dann erscheinen sie rechtlich als Kinder dieser Ehe; oder sie waren nicht eingekindschaftet, sondern regelmäßig abgetheilt, dann ist eine E. mit Aufhebung jener Abtheilung auch wieder möglich.

2) Wenn die Vorkinder desselben Ehetheiles aus verschiedenen Ehen geboren sind, so muß, wenn a. die erstehelichen in die zweite Ehe eingekindschaftet waren, die E. aller in die dritte Ehe wieder möglich sein, weil sie alle rechtlich als Kinder der zweiten Ehe gelten. Doch läßt sich nicht verkennen, daß hiebei ganz besondere Vorsicht nöthig ist, weßhalb auch z. B. das Bamb. L. R. hier gerichtliche Bestätigung fordert, die es sonst in der Regel nicht vorschreibt; b. wenn die Kinder der ersten Ehe in die zweite nicht eingekindschaftet waren, so können die zweitehelichen unbedenklich in die dritte Ehe eingekindschaftet werden, weil diese für sie erst die zweite Ehe ihrer Eltern ist. Die erstehelichen Kinder müssen hier abgetheilt sein, und es wird daher ihre E. wohl kaum mehr beantragt werden, doch muß sie mit Aufhebung der Abtheilung möglich sein wie sub 1.

Alle diese Sätze erscheinen als Folgerungen aus der Natur der E. und müssen daher für diejenigen Partikularrechte gelten, welche diese Fragen gar nicht berühren, z. B. das Brandenburger, Solmser, Erbacher Recht, oder welche nur im Allgemeinen die E. in die dritte Ehe gestatten, wie das M. L. R. Tit. II. § 6 und die Dinkelsbühler Statuten Tit. III. § 7. Ausdrücklich ausgesprochen sind diese Sätze im Preuß. L. R. I. Anh. § 103 (Bielitz, Bd. V. S. 616), und Bamb. L. R. I. Anhang zum zweiten Theil.

B. Wenn dagegen die Vorkinder nicht leibliche, sondern selbst nur eingekindschaftete Kinder sind, so scheint zwar die juristische Consequenz ihre weitere E. durch den stiefelterlichen Theil zuzulassen, allein sie muß als höchst bedenklich erscheinen, weil sie zu dem gewiß ganz unnatürlichen Resultate führt, daß Kinder als aus einer Ehe erzeugt angesehen, oder als „rechte Kinder" geachtet werden sollen (M. L. R. Tit. II. § 11), bei welchen weder der Vater, noch die

Mutter ihre natürlichen Eltern sind, und sie ist daher in mehreren Partikularrechten verboten. — Preuß. L. R. I. Anhang § 103. — (Bielitz, Bd. V. S. 617.) — Schweinfurter St. R. Tit. 56 § 9. — Hohenloher L. R. Tit. VI. § 10. — Bamb. L. R. II. Thl. I. Anh. § 13 II. Anh. § 7. — Zwar spricht das Bamb. L. R. S. 319 § 10. 11 von einer neuerlichen Vereinkindschaftung der Stiefkinder, meint aber nur den Fall, wenn die Stiefkinder nach dem Tode des rechtelterlichen Theiles während des Wittwenstandes die Gemeinschaft fortsetzen. (Vergl. S. 315 § 1 und S. 325 § 13). Dagegen ist eine solche E. gestattet, und zwar nur ausnahmsweise in der Kasteller Ver. § 25, schlechthin aber im fränkischen Landrechte Tit. 115 § 3, und in den Dinkelsbühler Statuten Tit. III. § 7. Für die übrigen Partikularrechte, welche diesen Punkt nicht erwähnen, ist er bestritten. Ringelmann (von der E. S. 98) will diese E. zulässig erachten, nach M. L. R. aber muß man sich für die Vereinung der Frage entscheiden, weil dieses, wie schon bei der Frage über die E. außerehlicher Kinder erwähnt wurde, nur den Zweck verfolgt, ehliche, also leibliche Kinder des einen Parens mit den ehlichen Kindern des anderen Parens und mit den aus der weiteren Ehe zu erwartenden Kindern gleich zu machen. (Tit. II. § 1. 11.)

C. Wenn die Vorkinder theils leibliche, theils eingekindschaftete sind, so gilt über jedes derselben das unter A und B Entwickelte, weil es ja überhaupt erlaubt ist, einige, oder nur eines der Vorkinder einzukindschaften, und die übrigen abzutheilen. (Fränk. L. R. Tit. 111. § 10. — Bamb. R. S. 238 § 17.)

Es fließt dieses aus dem natürlichen Verhältnisse, daß die Umstände die E. für ein Kind können zweckmäßig erscheinen lassen, für das andere nicht, wenn z. B. das eine Kind vermöge seines Separatvermögens durch die E. einen großen Verlust erleiden würde, der durch einen Voraus nicht ausgeglichen werden kann, oder wenn ein Kind seine Einwilligung verweigert, was auch unter der Herrschaft des M. L. R. denkbar ist, und seinem Systeme nicht widerstreitet.

§ 54.

Gerichtliche Thätigkeit.

Der Vertragserrichtung hat eine gerichtliche Berathschlagung zwischen den Contrahenten, wozu die Vormünder der Minderjährigen gehören, vorauszugehen, unter Zuziehung von wenigstens zwei der beiderseitigen nächsten Anverwandten. (M. L. R. Tit II. § 3) [1].

Dieser Berathung ist zu Grund zu legen eine Vermögensbeschreibung der Contrahenten, sowie die Erkundigung über ihre persönlichen Verhältnisse. (M. L. R. § 4. 5. 1.) Es werden hiezu förmliche Vermögensinventare erfordert, welche ohnedieß beim Antritt einer weiteren Ehe

[1]) Ringelmann, l. c. S. 71, erklärt es für eine unrichtige Meinung, daß auch jene Ascendenten beizuziehen seien, deren Erbschaft man künftig zu erwarten habe, und jener Verwandten, welchen der Pflichttheil geschuldet wird, da die E. sich nicht über die elterliche und kindliche Erbschaft hinauserstreckt, und Ansprüche auf einen Pflichttheil nur dann erhoben werden können, wenn der dazu Verpflichtete sich nicht mehr am Leben befindet.

durch Tit VI. § 1 des M. L. R. vorgeschrieben sind, und falls solche, oder Theilungsregister (Looszettel), nicht vorhanden sind, deren Errichtung. (M. L. R. §§ 4—8.) Aus diesen Vermögenserhebungen, wozu insbesondere die nächsten Verwandten, oder sonstige damit vertraute Personen die erforderlichen, durch Handtreue bekräftigten Aufschlüsse ertheilen sollen (M. L. R. § 5), ist ein sicherer Calcul des Vermögensstandes nach § 8 zu ziehen, und auf Grund desselben über die Zweckmäßigkeit der E. von den Vormündern und Verwandten ein schriftliches Gutachten, mit ihrer Unterschrift versehen, abzufassen und dem Gerichte zu übergeben (Landrecht II. § 8. 9) [1]).

Unter Vermögenscalcul ist sowohl die Prüfung der Vermögenstheile der Contrahenten, als eine Vergleichung des Vermögens der beiden Eltern und beiderseitigen Kinder zu verstehen, um danach bemessen zu können, was für jeden der contrahirenden Theile durch die E. nach den bestehenden Verhältnissen, — namentlich in Rücksicht der Anzahl der aus der einzugehenden Ehe zu erwartenden Kinder — gewonnen oder verloren werden kann. Anzuschlagen ist dabei allerdings, welche Vortheile den Vorkindern in Ansehung ihrer Erziehung aus dem neu geschaffenen elterlichen Verhältnisse bevorstehen.

Durch blose Inventarien kann daher diese Calculziehung (Ueberschlag) nicht ersetzt werden.

Die Inventarien sind so einzurichten, daß daraus ersehen werden kann, was väterliches, mütterliches und errungenes Vermögen ist. (Tit VI. des M. L. R.)

Nebst dem gegenwärtigen Vermögen ist auch in Anschlag zu bringen, ob die Contrahenten Vermögensmehrung durch Erbschaften, lucrative Gewerbe, Sparsamkeit 2c. 2c. zu erwarten haben, d. h. es ist im Ganzen eine Wahrscheinlichkeitsberechnung aufzustellen, ob die Verhältnisse der Kinder zu der Zeit der voraussichtlichen Endigung der E. durch diese besser sein werden, als ohne sie. (M. L. R. Tit. II. § 2. — Erk. des Rev.-G. vom 4. Oktober 1797. J. S. Förster gegen Michel).

Sind diese Vorfragen erörtert, so liegt es dem Gerichte ob, unter Berücksichtigung der ihm von den Contrahenten, Vormündern und Verwandten übergebenen Behelfe noch selbst zu prüfen, ob es den E.-Vertrag im Interesse der Kinder für vortheilhaft erachte, oder nicht, und die Bestätigung zu ertheilen oder zu versagen.

Erkennen die Verwandte und Vormünder eine Gleichheit der Vermögensverhältnisse (L. R. § 8), und erklären die Vormünder, daß die E. nach ihrem Dafürhalten den Kindern zum Nutzen gereiche (L. R. § 6), so soll die E. von Gerichtswegen confirmirt, protokollirt und ausgefertigt werden. (L. R. § 8 a. E.) Diese Bestimmungen des Gesetzes müssen aber absolut in Zusammenhalt mit § 2 des L. R. gebracht werden, wo dem Gerichte nicht blos der Form wegen eine Untersuchung des Sachverhaltes, sondern eine völlige causae cognitio, eine reifliche und vorsichtige Prüfung und Erwägung nicht allein des Vermögens und der Nahrung, sondern auch des Alters, Handels und

---

[1]) Das zuständige Gericht ist die ordentliche Obrigkeit des zur Ehe schreitenden Mannes, jedoch ist auch die Einwilligung jenes Gerichtes beizubringen, unter welchem die Frau mit ihren Kindern seither stand, sowie auch nach der Errichtung des Vertrages die Bestätigung dieses Gerichtes zu erholen ist.

Wandels der Eltern aufgetragen, und nach den gebrauchten Worten zur strengen Pflicht gemacht ist, wobei insbesondere nach L. R. § 14 in Betracht kommt, ob nicht die Vermögensungleichheit durch Zulegung eines „Voraus“ beseitiget werden kann.

Zu einem unlöslichen Gegensatz würde man gelangen, wenn man entgegen § 2 des L. R. dem Richter blos eine maschinenmäßige Bestätigung nach § 8 des L. R. beimessen wollte, sobald Vormünder und Verwandte dem Vertrage zugestimmt haben. Es würde sich eine solche Anordnung auch mit den Pflichten der Obercuratel, welche in allen Fragen, welche die Rechte der Minderjährigen betreffen, nach Ueberzeugung zu handeln hat, ganz und gar nicht vertragen, es wäre sonst eine „Confirmirung“, Bestätigung oder Genehmigung, gar nicht nöthig, sondern etwa nur eine Beurkundung resp. Protokollirung und Ausfertigung. In dem gebrauchten Worte „confirmiren“ (L. R. § 8) ist also auf die in § 2 den Gerichten aufgetragenen Pflichten verwiesen, und kann daher eine Vereinigung jener Widersprüche nur dadurch gefunden werden, daß es den Gerichten nicht gestattet werden wollte, gegen den Willen sämmtlicher Interessenten oder eines derselben, diese zu einer E. resp. zu einer Abweichung von dem regelmäßigen Familienrechte zu zwingen, daß es den Gerichten aber freisteht, ihre Genehmigung des E.-Vertrages zu versagen, wenn sie diesen Vertrag den Kindern schädlich erachten. (O. A. G. E. vom 20. Juni 1845 Nr. 1076⁴⁴/₄₅ — O. A. G. E. vom 19. November 1847 Nr. 1783⁴⁵/₄₆) [1]).

Das Verfahren ist im Wesentlichen dasselbe wie bei allen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche eine gerichtliche Bestätigung mit vorausgegangener richterlicher Prüfung erfordern. Da aber der Errichtung des Vertrages schon eine gerichtliche Berathschlagung (§ 3 des L. R.) voraus gehen muß, so fällt das ganze Rechtsgeschäft nach § 18 nr. 4 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 10. November 1861 in die Competenz der Gerichte, selbst wenn man es nach nr. 2 ibid. wegen Mitbetheiligung der Eltern nicht zu den Vormundschafts- und Curatelsachen rechnen wollte.

Das Landrecht hat zwar jenen Fall nicht ausdrücklich ausgeschlossen, wenn die Kinder volljährig sind, allein es muß nach der Natur der Sache sowohl als seinem Wortlaute angenommen werden, daß, wenn alle zu unirenden Kinder volljährig sind, eine causae cognitio des Gerichtes nicht mehr nothwendig wird, weil die Kinder sich dann selbst vertreten können, und das Gesetz auch nur von Kindern spricht, welche gesetzlich und nach allgemeinen Normen der Vormünder bedürfen (L. R. § 6), und noch eine Erziehung, resp. fremde Einwirkung auf ihre Verhältnisse zu ihrem Schutze nothwendig haben (L. R. § 2). Im Würzburger Landrecht Tit. 111 § 15 u. 16 ist dieses besonders ausgesprochen.

---

[1]) Im Solmsischen Landrecht Thl. II. Tit. XX. § 8 heißt es: „Wann dann solches (nämlich die Zustimmung der Vormünder) also geschehen, so sollen nichtsdestoweniger Schultheiß und Schöffen den Handel auch erwegen, und da auch sie die Einkindschaft zuläßig befinden, durch ihr richterliches Erkanntnuß bekräftigen ꝛc.; außerdem soll nach § 5 ibid. die E. „verbleiben“, d. h. unterbleiben, oder wie dieses in der Mainz'schen Untergerichtsordnung Fol. 25 steht, „unterwege bleiben“ mit dem Zusatz „und die Vormünder zu verwalten schuldig seien“ nämlich dasjenige, was ihren Pflegekindern in der Abtheilung zugefallen ist. Auch nach der Frankf. Reform. Thl. III. Tit X. § 6 gehört die Bestätigung der E. vor den Schöffenrath.

§ 55.

Voraus und Vorbehalt.

Der Voraus, welcher übrigens die Eltern nicht von der Aussteurungspflicht befreit (Bl. für R. A. XXI. S. 318), ist ein Vermögenstheil, welcher jenen Vorkindern, auf deren Seite sich das größere Vermögen befindet, zur Ausgleichung mit den Erbrechtsansprüchen der übrigen zu unirenden Kinder zugemessen wird. (M. L. R. § 14). Dieses praecipuum kann hiernach die Eigenschaft eines Prälegates haben, wenn es den Berechtigten nach dem Tode der Eltern ausgehändigt werden muß, und dann bleibt der Voraus bis dahin im Genuß und Verwaltung der Eltern, oder er erscheint als ein den Vorkindern gesicherter Vermögenstheil, welcher nie in die Gemeinschaft fällt. Ersteres scheint die Ansicht des M. L. R. zu sein, denn obgleich anzunehmen ist, daß der Voraus die Stelle eines Theiles des von den betreffenden Vorkindern bereits eigenthümlich besessenen Vermögens vertritt, welches bei der Wiederverehlichung ihres überlebenden parens ihnen ohne Errichtung einer E. hätte zugetheilt werden müssen, daß also bei der E. wenigstens der als Voraus bestimmte Theil jenes Vermögens den Vorkindern eigenthümlich verbleiben sollte, so bestimmt doch hievon abweichend das Landrecht in § 12, daß alles den Vorkindern zugestandene Vermögen durch die E. in eine Masse gezogen werden soll, und § 15 des Landrechtes verordnet, daß erst bei der Theilung die Kinder ihren Voraus hinwegzunehmen haben. Hiernach ist es klar, daß der Voraus mit dem übrigen Vermögen der Vorkinder und mit dem zugebrachten Vermögen der unirenden Eltern in eine Masse fällt, daß diese Masse unausgeschieden verwaltet (vom angenommenen Vater nach § 21 administrirt) wird, und erst bei der Theilung den treffenden Kindern zu gut kommt.

Vorbehalt ist jener Vermögenstheil, welchen die Eltern von der E.-Masse ausschließen, und sich zur beliebigen Disposition vorbehalten. Dieser ist im M. L. R. nicht erwähnt, und in einigen Statuten, z. B. dem Bamb. L. R. Thl. II. c. 1 Tit. V. § 18 sogar verboten. Aus Tit. II. § 12 in Verbindung mit Tit. III. § 2 des M. L. R. ergibt sich auch, daß Alles, was beide Eheleute einander zugebracht haben, in die Errungenschaftsmasse gezogen werden muß, daß folglich das M. L. R. einen Vorbehalt (Reservat) des Zubringens der unirenden Eltern nicht gestatten wollte. Es stimmt dieses mit der gemeinen, dahin gehenden Ansicht zusammen, daß nur jene Ehegatten, welche keine Kinder, aber ein bedeutend größeres Vermögen in die Ehe bringen, als der andere Gatte, sich einen Theil dieses Vermögens zur beliebigen Disposition vorbehalten können, — Ringelmann l. c. S. 78 — Bl. f. R. A. Bd. V. S. 141 —, welcher Fall nach Tit. II. § 1 des M. L. R. nicht möglich ist.

Zur Sicherheit des Voraus steht den Kindern nach H. G. § 12 nr. 7 der gesetzliche Titel zur Eintragung einer Hypothek auf das elterliche Grundvermögen zur Seite, und nach Priorit. G. § 23 ein Vorzug in IV. Klasse an erster Stelle im Concurse ihrer Eltern [1]).

---

[1]) Im Archiv Bd. XI. nr. 251 ist ausgeführt, daß der den Nachkindern stipulirte „Voraus" das Vorzugs- und Separationsrecht des Voraus der Vorkinder im Concurse der Eltern nicht genießt.

Die Bestimmung der Größe des Voraus ist ein Theil des Vertrages, und daher ebenso wie dieser selbst endgültig vom Richter festzusetzen.

Gerade so wie beim Urtheile über die Nützlichkeit des ganzen Vertrages für die minderjährigen Kinder sind auch hier die Anzahl und das Alter der bereits vorhandenen und noch zu hoffenden Kinder, die voraussichtlichen Kosten ihrer Erziehung, die Größe des Vermögens der unirenden Eltern, ihre Erwerbsfähigkeit, die Vermehrung ihres Vermögens durch Erbfälle 2c. zu erwägen. Der Voraus ist jedoch nicht in jener Größe zu bestimmen, welche sich darstellen würde, wenn statt der E. mit den Kindern getheilt würde, weil sie durch die E. Erbrechte an ihre Stiefeltern erhalten, welche bei einer Abtheilung hinwegfallen würden.

§ 56.

Gegenstand der Einkindschaft.

Gegenstand der Einkindschaft ist das gegenwärtige und zukünftige ganze Vermögen der unirenden Eltern, so wie das Sondergut der Kinder, welches sie zur Zeit der Vertragserrichtung bereits besaßen. (M. L. R. Tit. II. § 12. — §. 55.)

Ausgeschlossen bleibt rücksichtlich der Kinder alles Vermögen, was sie nach gemachter E., sei es während oder nach getrennter Ehe durch Erbschaft, Testament, Schenkung, oder auf welche Weise immer von Dritteren erwerben. (M. L. R. Tit. II. § 16.)

In § 12 ist rücksichtlich der unirenden Eltern zwar nur des Zubringens gedacht, allein daß auch das nachher von diesen erworbene Vermögen zur Errungenschaftsmasse gehört, ergibt sich aus § 13, weil nach dem Tode des einen Gatten die Masse in zwei gleiche Hälften getheilt werden soll (ohne daß nach dem Gesetze der ehliche Erwerb auszuscheiden wäre), und davon die eine Hälfte dem überlebenden Gatten bis an sein Ende verbleibt, während die andere Hälfte sogleich an die Kinder (als Erbtheil des verstorbenen Gatten) in die Häupter (§ 12) zu vertheilen ist. Es ergibt sich hieraus, daß mit der E. nicht die Partikulargütergemeinschaft, sondern die allgemeine Gütergemeinschaft auch nach M. L. R. eintritt, weil a) wie oben schon bemerkt, das ganze Vermögen der Eltern und Kinder in die Masse fällt; b) weil mit dem Tode des einen Gatten nicht mehr das Zubringen ausgeschieden, sondern die ganze Masse in zwei Hälften getheilt wird; c) weil die Kinder sogleich die Hälfte des verstorbenen unirten Parens erben, und weil d) das Landrecht zur näheren Kennzeichnung dieses Verhältnisses noch in § 13 hinzusetzt, daß bei der E. eine Vertheilung der Errungenschaft in Schwert- und Rockentheil völlig aufhören soll [1]).

---

[1]) Es mag hier vorläufig die Bemerkung am Orte sein, daß das M. L. R. ungeachtet der für die E. angenommenen allgemeinen Gütergemeinschaft doch sofort nach dem Tode des einen Gatten eine Theilung anordnet, und also auch hier nicht eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft selbst des leiblichen Parens mit den Kindern statuirt, während doch fast allenthalben die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit der allgemeinen Gütergemeinschaft verbunden ist. (§ 92.)

§ 57.

Wirkungen der Einkindschaft.

A. Persönliche Wirkungen.

Jene Statutarrechte, welche in der E. blos eine ökonomische Tendenz erkennen, und sie unter die Rubrik der Erbverträge stellen, wie z. B. Eichhorn, d. P. R. § 348 annimmt, verneinen, daß dem Stiefparens die Rechte der väterlichen Gewalt durch die E. erworben werden, und zwar aus dem weiteren Grunde, weil zur Erwerbung der väterlichen Gewalt außer der Ehe die Arrogation erforderlich sei, und dazu ein landesherrliches Reskript gehöre, welches bei der E. niemals nachgesucht werde. Das M. L. R. spricht sich zwar über diese Frage nicht eingehend aus, denn aus § 11 ist nur zu entnehmen, daß es durch eine gültig errichtete E. den Kindern und ihren Nachkommen gleiche Rechte und Verbindlichkeiten auferlegen will, wie den rechten Kindern, jedoch nur in Bezug auf den elterlichen Nachlaß, indem es anordnet, daß die vereinigten Kinder, und jure repraesentationis (§ 12) deren Leibeserben (als Enkel der unirenden Eltern § 11) gleiche und rechte Kinder und Enkel der unirenden Eltern in Bezug auf der letzteren Verlassenschaft werden sollen [1]).

Direkt läßt sich allerdings aus diesen Gesetzesstellen für die Frage der väterlichen Gewalt nichts folgern, weil das Statut überhaupt nur die Vermögens- und Erbrechte der Contrahenten eingehenderen Bestimmungen unterwirft, wegen Ergänzung der übrigen einschlagenden Fragen daher auf seine übrigen Lehren, und das subsidiäre gemeine (hier deutsche) Recht verweist. Das als Muster gültige Fränkische Landrecht Tit. 118 § 1 (womit auch das Preuß. Landrecht § 732, das Schweinf. Recht Tit. 98, Kasteller Recht § 45 übereinstimmen) gewährt nun durch die E. dem stiefelterlichen Theile alle Rechte der leiblichen Eltern, also auch die volle deutschrechtliche elterliche Gewalt, bestehend in Schutz-, Erziehungs- und Vermögensverwaltungsrecht. Nur den Namen, Stand und Rang behalten die Kinder nach dem leiblichen Vater, und brauchen nach Fränkischem Recht Tit. 95 § 3 ihre Stiefeltern auch nicht zu alimentiren. Daß auch das M. L. R. die erwähnten wesentlichen Rechte der elterlichen Gewalt [2]) dem stiefelterlichen Theile zugedacht hat, geht klar aus § 2 und 21 hervor, indem an ersterer Stelle, in Beziehung auf die Erziehung der Kinder, Handel und Wandel der

---

[1]) Die Vermögensrechte der unirten Kinder gehen hiernach auch auf deren Abkömmlinge jure repraesentationis über.

Hiemit wird sich auch die in Bopp, Beiträge Bd. I. S. 148 aufgeworfene Frage erledigen, warum unirte Kinder nur von den unirenden Eltern und von ihren vollbürtigen Geschwistern nach Tit. II. § 18 des M. L. R. beerbt werden, weil die unirten Geschwister nur in Beziehung zu den Eltern resp. deren Nachlaß als gleiche und rechte Geschwister gemäß § 11 betrachtet werden.

[2]) Die Rechte der unirenden Eltern sind indeß immer nur ein stiefelterliches Verhältniß, eine wirkliche patria potestas entsteht dadurch eben so wenig, als eine Veränderung der persönlichen Beziehungen der unirten Stiefgeschwister. Erstere ist daher nur eine Erziehungs- und Unterhaltungspflicht, während die Stiefgeschwister die Fähigkeit, Zeugniß gegen einander zu geben, einander zu ehlichen rc., nicht verlieren.

unirenden Eltern reifliche Erwägung stattfinden soll, in § 21 aber ausdrücklich bestimmt ist, daß der unirte Vater die Vermögensadministration der Kinder-Güter zu übernehmen hat. Wollte man nach M. L. R. die Wirkungen der E. nur auf die Vermögensrechte beschränken, und den Stiefeltern die Erziehungsrechte absprechen, so müßte consequenter Weise für die unirten Kinder eine fortdauernde Curatel bestellt werden, wenigstens für den Fall, daß ihre leibliche Mutter zur weiteren Ehe geschritten ist, was aber nicht speciell vorgeschrieben ist. Das Fränkische Landrecht hebt auch Tit. 98 § 8 für diesen Fall die Vormundschaft ausdrücklich auf. Aus dem Mangel näherer Bestimmungen ist nach M.L.R. anzunehmen, daß es über die persönlichen Verhältnisse der Stiefkinder zu den Stiefeltern speziell wegen der E. keine Abänderungen absichtlich treffen wollte, daß daher die persönlichen Wechselbeziehungen und Erziehungsrechte durch das eintretende stiefelterliche Verhältniß geregelt bleiben. In diesem Sinne verweist dann das M. L. R. auf Tit. VII. § 5 und 6, wo die Verfügungen der Stiefeltern nur in besonderen Fällen von der Einwilligung des Gerichtes und der Kinder Verwandten abhängig gemacht sind, ohne der Vormünder zu gedenken. Selbst gemeinrechtlich kann der Stiefvater die Stelle des Vormünders vertreten (Thibaut, P. S. § 394).

Auch nach Bamberger R. S. 268 § 2 treten die Stiefkinder schon ohne E. in die elterliche Gewalt der Stiefeltern. Daß die Verbindlichkeit der Erziehung auf die Stiefeltern übergeht, womit dann auch die Erziehungsrechte nothwendig verbunden sein müssen, ist indeß auch in der Natur der Sache begründet, denn durch die E. entsagen die Kinder ihrem Eigenthum, welches nebst den daraus gewonnenen Früchten auf die Gemeinschaft übergeht. Auf beiden haften aber auch die Kosten der Erziehung und Ausstattung der Kinder.

§ 58.

B. Wirkungen der Einkindschaft rücksichtlich des Vermögens.

a) Unter Lebenden.

Weil durch die E. die zweite Ehe gleichsam zur ersten gestempelt wird, müßten eigentlich auch die Vermögensverhältnisse in ihr dieselben sein, wie in jeder ersten Ehe, nach M. L. R. müßte also die Errungenschaftsgemeinschaft eintreten. Allein, wie schon oben ausgeführt wurde, hat das M. L. R. in Tit. II. § 12 angeordnet, daß das gegenwärtige Vermögen der Kinder, und das gesammte zugebrachte Vermögen der Eheleute sogleich bei Errichtung der E. in eine Masse gezogen werden soll, und daß diese Masse gemäß § 12 und 13 ohne Ausscheidung der Errungenschaft in Schwert- und Rockentheil bei dem Tode eines Gatten in zwei Hälften getheilt und die eine Hälfte an die Kinder hinausgegeben werden muß.

Es tritt also nach M. L. R. die allgemeine Gütergemeinschaft ein, welche ihre Wirkungen nicht blos auf die Erbrechte der Kinder erstreckt, sondern sogar noch während der Dauer der E. bei dem Tode des einen Gatten den Kindern jene Vermögenshälfte eigenthümlich überträgt.

Es entwickeln sich hieraus die beiden Fragen, a) ob die Kinder während der E. ein Separatvermögen haben, resp. erwerben können, b) ob dem überlebenden unirten parens der Nutzgenuß an der den

Kindern zugefallenen Vermögenshälfte nach Tit. VII. des M. L. R. gebührt.

Ad a. Diese Frage ist in § 15 u. 16 Tit. II. des M. L. R. dahin entschieden, daß bei der Theilung die Kinder ihren Voraus, und Alles vorzüglich hinwegnehmen, was ihnen nach gemachter E. von ihren Verwandten oder sonst erbrechtlich oder durch Schenkung oder unter welchem Titel immer anderwärtsher angefallen oder zugekommen ist. Daraus folgt jedoch, daß, weil die Hinwegnahme erst bei der Theilung geschehen soll, bis dahin diese Sondergüter der Masse verbleiben, d. h. die Nutzungen daraus der Masse zu gut kommen.

Ad b. Der Nutzgenuß an dem Sondergut der Kinder und jener Vermögenshälfte, welche den Kindern bei dem Tode eines der unirenden Eltern zufällt, ist nach Tit. VII. des Landrechtes zu beurtheilen, da bezüglich der E. keine abweichenden Bestimmungen getroffen sind. Nach der Natur des Verhältnisses ist jedoch zu bemerken, daß, wenn auch die beiden unirenden Eltern rücksichtlich der eingekindschafteten Vorkinder in gleichen Rang getreten sind, sie doch immer Eltern sind, welche in Bezug auf eben diese Vorkinder zu einer weiteren Ehe geschritten sind, und daher diesen Kindern ihr bereits sonst angefallenes, oder durch den Tod des einen unirenden parens erworbenes Sondergut (nach Tit. VII. § 3 Abs. 2 und § 4) bei eintretender Versorgung hinauszugeben schuldig sind. Dieser Nutzgenuß rechtfertigt sich auch durch die den Eltern bis zur Selbstständigkeit der Kinder obliegende Last der Erziehung [1]).

Das Recht der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens gebührt dem Manne als Haupt der Familie. Eine willkührliche Verringerung des Vermögens ist ihm aber untersagt, weil die E. nur mit Rücksicht auf eine bestimmte Vermögenssumme eingegangen wurde, und nach dieser beurtheilt worden ist. Gegen schlechte Verwaltung muß den Kindern Einsprache zustehen, weil sonst das Verhältniß zwischen dem, was die Kinder hingeben, und dem, was sie dagegen erwerben, aufgehoben würde. (Hofacker, princip. jur. germ. § 613.)

Das M. L. R. überträgt auch dem Vater die Verwaltung der mütterlichen und der Kinder Güter in § 21, und räumt der Mutter und den Kindern, sowie auch umgekehrt dem Vater gegen die Gattin in deren Concurs ein Vorzugs- und stillschweigendes Unterpfandsrecht ein, welches jetzt nach Hypothekengesetz § 12 nr. 7 in einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erlangung einer Hypothek und nach Prioritätsordnung § 23 in ein Vorzugsrecht in IV. Klasse umgewandelt ist [2]).

---

[1]) In den verwandten Partikularrechten Frankfurter Reform. Thl. III. Tit. X. § 13 und Solmser Landrecht Thl. II. Tit. XX. § 13 ist übereinstimmend mit der gegebenen Auslegung des M. L. R. bestimmt, daß das Sondergut, nämlich Erbschaften, Schenkungen und jeder Erwerb von Dritteren den Kindern eigenthümlich gehört, die Eltern aber bis zu deren Versorgung den Nutzgenuß daraus zu beziehen haben.

[2]) Außer dem Falle des Concurses hat die Frau das Recht der Protestation gegen einseitig vom Manne gemachte Schulden (Tit. IV. § 2 Abs. 2 des M. L. R.), welches Aehnlichkeit hat mit der in verschiedenen Partikularrechten mit allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehefrau gegebenen reclamatio uxoria, z. B. Würzburger Landrecht Thl. III. Tit. 102 § 2 Verordnung vom 28. März 1700 und 22. Mai 1758. — Schweinf. St. R. Tit. 64 § 7. — E. d. O. A. G. vom 30. Juni 1856. — J. S. Grasser gegen Büttner).

Während des Lebens beider unirenden Eltern sind die Kinder zu keiner Forderung außer einer standesmäßigen Aussteuer berechtigt. Es verordnet dieses der Tit. II. § 20 des M. L. R. in Uebereinstimmung mit Tit. VII. § 3 und Tit. IX. § 12. An die letztere Bestimmung reiht sich die Berechtigung der Kinder, gegen ihre verschwenderischen Eltern, auch außer dem Falle des Concurses, die Bestellung einer Curatel zu beantragen. Diese Befugniß darf auch den unirten Kindern wegen Gleichheit des Grundes nicht entzogen werden.

§ 59.

b) Auf den Todesfall.

1) Die Frage, ob den E.-Interessenten das Recht eingeräumt sei, ein Testament zu errichten, ist nur bezüglich der Kinder in § 17 erwähnt, es kann aber dieses Recht selbstverständlich nur jene Vermögenstheile betreffen, welche zum Sondergute der Kinder gehören. Dabei ist bestimmt, daß die Kinder ihrem natürlichen Elterntheile den Pflichttheil zu reichen schuldig sind, daß also der Stiefelterntheil zu den eingekindschafteten Kindern nicht in das Verhältniß eines Notherben tritt, was auch mit Tit. XIV. § 2 des M. L. R. übereinstimmt.

Was das gleiche Recht der Eltern betrifft, so muß ihnen dieses bezüglich der beiderseits zugebrachten Kinder nach der Natur des obwaltenden Verhältnisses vollständig abgesprochen werden. Sie können also diese zugebrachten Kinder weder enterben, noch ihnen ungleiche Theile verschaffen, weil eben der Vertrag an und für sich schon die Regelung der Erbverhältnisse für diese Kinder in sich schließt, und das Gesetz hier bestimmend eintritt. Nur die Festsetzung eines Voraus ist der Berathung der Contrahenten unterstellt, im Uebrigen aber wird das Erbrecht, und der dereinstige Abtheilungsmodus mit der Errichtung des Vertrages lediglich von dem Gesetze abhängig gemacht, und jede Abänderung seiner Anordnungen ist der Willkühr der Interessenten entzogen. Die Kinder erben also nicht, weil sie als in einer Ehe geboren betrachtet werden, sondern weil sie sich durch onerosen Vertrag, d. h. durch Hingabe und Einwerfung ihres bereits eigenthümlich besessenen Vermögens die vom Gesetze bestimmten Rechte „einseitig unwiderruflich" erworben haben[1]).

Gegen die in der letzten Ehe erzeugten Kinder muß indeß den Eltern dieses Recht, zu testiren, sie zu enterben, oder mit ungleichen Theilen zu bedenken, gestattet werden, denn diese waren bei der Errichtung der Einkindschaft noch nicht am Leben, sie besitzen also keine Rechte aus einem Vertrag, sondern nur die gewöhnlichen Rechte ihrer Abstammung.

§ 60.

2) Intestaterbrecht. Das Recht der eingekindschafteten Kinder gegen ihre Stiefeltern besteht darin, daß sie bei dem Tode des einen

---

[1]) Gerber, Syst. des d. P. R. § 262 S. 639: Das zugesicherte Erbrecht kann den Vorkindern durch keine letztwillige Verfügung entzogen, namentlich auch nicht auf einen blosen Pflichttheil herabgesetzt werden, denn sie sind keine Notherben, sondern Vertragserben, und ihre Gleichstellung beschränkt sich rücksichtlich der Nachkinder auf den Maßstab der Erbportion".

Elterntheiles oder beider Eltern zunächst ihren Voraus und sonstiges Separatvermögen hinwegnehmen, und dann das übrige Vermögen des Verstorbenen mit den Kindern der zweiten Ehe ganz gleich theilen. (§ 13. 15. 16 des M. L. R. — E. d. Rev.-G. vom 19. März 1794. J. S. Mai gegen Gramlich.)

Die Wirkung der E. bezieht sich indeß nur auf die elterliche und kindliche Erbschaft (§ 11), die Erbschaft der Großeltern und Seitenverwandten fällt daher nicht in die Erbmasse der E., sondern an jene, welche ohne die E. ein Intestaterbrecht daran haben (Ringelmann l. c. S. 95). Die Mainz'sche Untergerichtsordnung von 1534 drückt dieses Fol. 25 noch deutlicher aus, indem sie sagt: „gemachte Kinder vermöge der E.-Beredung sollen unter einander nicht erben, noch die E. über (d. h. weiter als) väterliche und mütterliche Erbschaft würken, es wäre dann in der E. ferneres erkläret, und mit Erkanntnuß zugelassen."

Auf die durch die E. geschaffene allgemeine Gütergemeinschaft wirkt das übrige System des Landrechtes in der Weise ein, daß die Theilung und Beerbung eintritt, sobald einer der Ehegatten gestorben ist, jedoch mit dem Beisatz, daß bei dem Tode nur eines der Gatten auch nur die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens in der angegebenen Weise vererbt wird, während die andere Hälfte dem überlebenden Gatten auf Lebenszeit verbleibt (§ 13). Es zeigt sich hierin eine Abweichung von jenen Statutarrechten, welche auch außer der E. die allgemeine Gütergemeinschaft haben, indem jene bei dem Tode eines Ehegatten keine Beerbung, sondern nur die sog. fortgesetzte Gütergemeinschaft eintreten lassen, z. B. das Würzburger Landrecht Tit. 77 § 1, Tit. 80 § 1—3, Tit. 90 § 1, Schweinfurter Recht Tit. 46 u. 104, Hohenloher § 10. 11, Kasteller Recht § 103, während jene mit dem M. L. R. auch sonst übereinkommenden Statute, z. B. die Frankfurter Reform. Thl. III. Tit. X. § 15, und das Solmser Recht Thl. II. Tit. XX. § 14—15 auch rücksichtlich der Erbfolge genau mit dem M. L. R. übereinstimmen.

Bei dem Tode **beider Gatten**, „wo sich deren Erbungsfall völlig ergeben" (§ 19), erben die sämmtlichen unirten Kinder in gleiche Theile nach Köpfen und die Kinder der verstorbenen unirten Kinder nach Stämmen jure repräsentationis (§ 11. 12 des M. L. R.). Gleiches gilt in Bezug auf die dem längstlebenden Elterntheil verbliebene Vermögenshälfte (§ 14. 19).

Hieraus folgt der auch gemeinrechtlich gültige Satz, daß das von dem überlebenden unirten Elterntheile während seines Wittwenstandes noch erworbene Vermögen in die den unirten Kindern gebührende Erbmasse fällt, weil die E. erst mit dem Tode sowohl der natürlichen, als der angenommenen Eltern (§ 19) sich endigt, und durch die E. gerade und hauptsächlich die Stiefkinder rücksichtlich der Erbfolge zu dem Stiefparens in gleiches Verhältniß wie die leiblichen Kinder gesetzt werden sollen. (§ 11 des M. L. R. — Seufferts Archiv Bd. II. nr. 67.)

Die eingesetzten Eltern erlangen immer ein Intestaterbrecht gegen die unirten Kinder mit deren rechten vollbürtigen Geschwistern (§ 18 des M. L. R.), d. h. einen absoluten Anspruch auf den Pflichttheil. (§ 17 des M. L. R.)

Die unirten Kinder (Geschwister) haben dagegen nach fast allen Partikularrechten, daher auch gemeinrechtlich sowie nach M. L. R. § 18. 19, keine weiteren Erbrechte gegen einander, als sie ohne die E. gehabt

hätten. — Ebenso Solmser Recht l. c. § 14, Pfälzer R. § 5. 7. 8 — nur die Fränkische L. G. O. Tit. 119 § 3 gibt ihnen, wenn sie von Eltern auch schon abgetheilt sind, aber unter sich noch nicht getheilt haben, die Erbrechte vollbürtiger Geschwister.

Die durch die E. nach M. L. R. begründete Erbfolge erstreckt sich hiernach nur auf das derselben unterworfene Vermögen, und wirkt natürlich auch nur solange, als die E. nicht bei Lebzeiten getrennt wird. Dieses Erbrecht ist in Ansehung des erwähnten Vermögens ein wechselseitiges zwischen Eltern und Kindern, aber nur zwischen diesen, die unirten Kinder erwerben kein Erbrecht gegen einander, ihr Erbtheil wird nur indirekt durch den Tod der Stiefgeschwister vergrößert, indem die Eltern erben.

Auf das Vermögen, welches der E. nicht unterworfen ist, erstreckt sich das durch dieselbe begründete Erbrecht nicht, daher wird der Voraus, sowie das, was ein Kind während der E. erworben hat, nur von den leiblichen Geschwistern und leiblichen Eltern geerbt. Stirbt ein Kind, welchem von dem der E. unterworfenen Vermögen noch nichts herausgegeben ist, so kann von einer Beerbung keine Rede sein, weil es (rücksichtlich dieses Vermögens) kein Eigenthum hinterläßt, obgleich auch in diesem Fall den unirten Kindern indirekt ein Vortheil zugeht. (Weißhaar, Würtemberger Recht Bd. II. S. 341 ff.)

§ 61.

Ende der Einkindschaft.

I. Durch Sterbfall. Die Einkindschaft hört nach M. L. R. § 19 erst mit dem Tode beider Eltern auf, obgleich auch nach dem Tode des einen Gatten (§ 15) die Theilung der Vermögensmasse in zwei Hälften erfolgt.

Heirathet der überlebende Gatte weiter, so wird eine Abtheilung und völlige Auseinandersetzung nothwendig, wenn keine weitere E. zu Stande kommt; zum Zweck dieser Auseinandersetzung des Vermögens wird aber die E. gelöst.

Sterben nicht alle eingekindschaftete Kinder, so treten die noch lebenden jure repraesentationis an die Stelle der verstorbenen, und setzen mit den Eltern die E. fort. Sterben aber alle Vorkinder, so löst sich dadurch die E., denn diese ist ein jus personalissimum, welches sich auf deren Erben nicht überträgt.

Durch den Tod der Nachkinder, d. h. der in der zweiten Ehe gebornen Kinder, wird die E. nach M. L. R. ebensowenig aufgehoben, als wenn solche Nachkinder gar nicht geboren werden, weil die Hoffnung auf Nachkinder nicht das Motiv der E. bildet. (Puffendorf, Bd. III. Nr. 114. — E. d. O. A. G. vom 15. Juni 1824. J. S. Böhm gegen Böhm.)

§ 62.

II. Durch übereinstimmenden Willen sämmtlicher Contrahenten wird die E. aufgehoben, weil dadurch jeder Vertrag wieder gelöst werden kann. Ein einseitiger Rücktritt muß dagegen im Allgemeinen wegen der Vertragsnatur der E. unstatthaft bleiben; insbesondere bindet

auch die minderjährigen Kinder der durch ihre Vertreter abgegebene Consens so, daß die restitutio ob minorem aetatem nicht Platz greifen kann. Das Landrecht wollte auch den Kindern keine größere, als die bereits erwähnte Sicherheit gewähren.

Die Einrede der Verletzung im Pflichttheil steht den Stiefkindern ebensowenig zu, da nach dem Wesen der E. bei ihrer Eingehung die unirten Kinder ihre sämmtlichen bis dahin gehabten Vermögensrechte aufgeben, und in die zweite Ehe übertragen, an nicht mehr bestehenden Rechten aber keine Verletzung denkbar ist. Es wird sich daher auch in diesem Falle nur um die Frage handeln, ob der Consens für die Stiefkinder gültig erklärt, und überhaupt die E. legal zu Stande gekommen ist.

Einzelne Statutarrechte gestatten jedoch in besonderen Fällen den Eltern und Kindern den Antrag auf Lösung der E. und Grundtheilung, z. B. das Würzb. L. R. Tit. 119 § 11 Tit. 39 § 21. — Schweinf. St. R. Tit. 70 § 2.

§ 63.

III. Beendigt wird die E. ferner durch die Ehescheidung, weil damit nicht nur der sittliche Zweck des Instituts hinwegfällt, sondern auch das Vermögen unter den Gatten geordnet und getheilt werden muß. Die Vorkinder treten hiedurch in die Gewalt ihres natürlichen Parens zurück.

IV. Endlich wird die E. aufgehoben, resp. annullirt durch richterliches Urtheil wegen Unterlassung der durch das Gesetz für die Errichtung vorgeschriebenen Maßregeln. Die unterbliebene gehörige Vertretung der Kinder begründet indeß nur für diese einen Anfechtungsgrund. Außerdem ist die Anfechtung wegen bedeutender Verletzung (laesio enormis) überhaupt unzuläßig, wenn nicht etwa ein Betrug dabei im Spiele war, denn die E. gehört zu den sog. gewagten Rechtsgeschäften, wobei außer dem gegenwärtigen Vermögen auch die künftige Errungenschaft und ehliche Einbuße Gegenstand des Vertrages ist, welche zur Zeit der Errichtung etwas Ungewisses sein mußten, und keinen Maßstab zur Berechnung einer enormen Verletzung bieten können.

§ 64.

Abtheilung.

Hat sich die E. durch den Tod beider Eltern gelöst, so ist auch der Abtheilungsmodus des Vermögens schon durch die bereits erörterten Erbrechte entschieden. Dagegen hat das M. L. R. über die Art der Theilung bei Wiederverehlichung des überlebenden Gatten, oder bei Auflösung der E., sei es vermöge allseitiger Zustimmung oder durch Ehescheidung oder durch Urtheil, keine besonderen Anordnungen getroffen.

Nur in dem letzten Falle, wenn die E. wegen Nichtigkeit als nicht bestanden durch Urtheil erklärt wird, kann sie auch nicht als fortwirkend bis zur Aufhebung betrachtet werden, und es wird alsdann die Ehe als ohne E. von Anfang an fortbestehend zu betrachten sein. Beim Schluß dieser Ehe ist selbstverständlich unter Zugrundelegung der beiderseitigen

Inventare die Abtheilung des Vermögens nach drei Ehemassen gemäß Tit III., IV. u. VII. des M. L. R. zu beschäftigen.

Dagegen ist die Ansicht, als ob auch in den übrigen Fällen der freiwilligen Auflösung die E. als nicht geschehen zu betrachten wäre (Danz, Handb. des D. P. R. Bd. VIII. S. 256), offenbar unmöglich, weil jeder rechtsgültig errichtete Vertrag bis zu seiner Erfüllung oder Aufhebung fortwirkt. Die Entscheidung der Frage wird sich nur dann ohne Schwierigkeiten finden lassen, wenn man annimmt, daß die Folgen einer freiwilligen Auflösung der E. analog sind, wie jene, wenn sich die E. durch den Tod eines Gatten auflösen könnte. Es wird dann die ganze Vermögensmasse in zwei Hälften getheilt (§ 13), und diese verbleiben den beiden Gatten auf Lebensdauer, wenn die Auflösung der E. durch Ehescheidung erfolgt ist; geschah jedoch die Auflösung der E. durch Uebereinkunft ohne Ehetrennung, so bilden die beiden Vermögenshälften das Einbringen der Gatten in die von Auflösung der E. an beginnende gewöhnliche Errungenschaftsgemeinschaft.

Die treffenden Kinder erhalten ihren Voraus und das übrige Sondergut nebst jenen Erbrechten, welche sie vermöge des M. L. R. im Allgemeinen und von der Zeit der Auflösung der E. an besitzen; denn mit der Auflösung hören alle rechtlichen Wirkungen, namentlich auch das zwischen den vereinigten Personen begründete Erbrecht auf. Die Verlassenschaft der Eltern kann dann nicht mehr nach den Grundsätzen der E., sondern nur nach den Anordnungen des gewöhnlichen Rechtes vertheilt werden.

Es könnte zwar unter Umständen aus diesem Verfahren für die eingekindschafteten Kinder ein Nachtheil entstehen, wenn ihr eingeworfenes Vermögen mehr betrug, als sie nach der Auflösung und beim Tode ihrer Eltern dann zurückerhalten; allein dieser Nachtheil kann auch bei Fortdauer der E. erwachsen, und bei Ungleichheit ihrer Einlage mit dem dereinst zu erwartenden Vermögen soll ja ihnen ein Voraus regulirt werden.

Titulus III.

Von Errungenschaften und Zubringen.

§ 1.

Wie die Errungenschaft zu vertheilen.

„Wann in denen Ehe=Pacten dem letztlebenden Ehegatt „nicht eine besondere Portion Errungenschaft, oder ein ge= „wisses aus dem Zugebrachten angewiesen, so bekommt, bei „erfolgender Abtheilung der überlebende Mann oder Weib „sein Zugebrachtes, und von dem Erworbenen währender „Ehe der Mann zwei Drittel, und das Weib einen „Drittel."

§ 2.

Was für Zugebracht.

„Gestalten dann Alles, was eines und das andere aus „zweien Eheleuten vor ihrem Ehestand an Gütern gehabt, „oder auch in stehender Ehe durch Erbschaft, Legaten, „Schankungen von Todts wegen, für sich absonderlich er= „langet hat, für zugebracht geachtet werden solle."

§ 3.

Was für errungen zu achten.

„Hingegen solle dasjenige, was zwei Eheleut in Zeiten „ihres Ehestands von der Abnutzung des einen oder ihrer „beeden zugebrachten Gütern zurück gelegt, mit Handlen ge= „wonnen, mit Arbeiten oder Diensten erworben und erspahret, „und nach Abzug deren Zeit stehender Ehe contrahirten „Passiv=Schulden, übrig lassen, für Errungenes gehalten „werden.

§ 4.

Was erweißlich nicht zugebracht, ist alles errungen.

„Ueberhaupt solle alles Vermögen deren Eheleuten vor „errungen geachtet werden, biß daß erwiesen werde, was „zugebracht seie."

§ 5.

Deßgleichen das in der Ehe auch nur von einem Theile erhandelte.

„Wann ein Gut oder dergleichen nur von einem deren „Eheleuten Zeit stehender Ehe erhandlet wird, so solle es „gleichwohlen an pro acquestu conjugali geachtet werden."

§ 6.

Was weiter unter dem Zubringen der Frauen zu verstehen.

„Unter der Frauen Zubringen, oder Verlassenschaft „werden gezehlet der Brautschatz und sonstige Kleinodien, so „ihr der Mann gegeben, nicht weniger bleiben derselben und „ihren Erben eigenthümlich die hochzeitliche und andere Klei„der, welche der Mann hat machen lassen, deßgleichen die „von ihm empfangene geringe, oder Stands=gemäße Schan„kungen zum Neu=Jahr oder Angebinds, am Nahmens= oder „Geburts=Tag, welches dem Richterlichen Ermessen allenfalls „anheim gegeben wird.

---

§ 65.

Einleitung.

Das ehliche Güterverhältniß ist die eigentliche Familienverfassung, welche ihre Wurzel in der Ehe hat, aber ihre Zweige durch alle Verhältnisse der Gatten unter sich, zu den Kindern, und zu den weiteren Verwandten hindurchschlingt. Dieses Recht begreift aber zunächst nur jene vermögensrechtlichen Verhältnisse der Gatten, welche durch die Ehe, sei es vermöge des Gesetzes oder vermöge des Selbstbestimmungsrechtes (Autonomie) begründet werden. Die Wirkungen der Ehe äußern sich in doppelter Beziehung, nämlich rücksichtlich der Person, und rücksichtlich des Vermögens. Das M. L. R. hat die rechtlichen Wirkungen des Ehebandes auf die Person der Gatten und ihr gegenseitiges Verhältniß als Verwaltungsrecht des Mannes nur in Tit. II. § 21 erwähnt, es also bei den gemeinrechtlichen Grundsätzen belassen, wornach der Mann als Haupt der Familie die ehliche Gewalt repräsentirt, und von dem Weibe im Allgemeinen Gehorsam und Nachfolge an den veränderten Wohnsitz, und im besonderen jene Dienste zu fordern berechtigt ist, welche die Frau in Bezug auf die Haushaltung und sein Gewerbe zu leisten im Stande ist. Dafür genießt die Frau Namen, Stand und Gerichtsstand des Mannes [1]), sowie das Recht auf Reichung standesgemäßen Unterhaltes. — Letztere Verpflichtung des Mannes kann aber nach dem M. L. R. nur eine subsidiäre [2]) sein, weil bei der Errungenschaftsgemeinschaft die

---

[1]) l. 8. D. (1. 9) — l. 10. C. (5. 4) — l. 13. C. (12. 1) — Ueber den gemeinrechtlichen Begriff der Familie, vergl. l. 195 D. (50. 16.)

[2]) Handelt es sich um die Ernährungspflicht der Frau Seitens des Mannes, z. B. bei einer Ehescheidung, so liegt die Bestimmung der Größe der der Frau zu reichenden Alimente in dem Ermessen des Richters, wobei der Stand, die Lebensweise, Alter, Vermögen und Erwerbsfähigkeit zu berücksichtigen sind. Glück, Com. Bd. 28 S. 203. — O. A. G. E vom 30. Juni 1852 Nr. 916 50/51.

Ehelasten, wozu auch die Ernährung der Frau und Kinder gehört, zunächst auf dem Ertrag dieser Gemeinschaft ruhen, folglich gemeinschaftlich sind. Im Uebrigen ist die Pflicht der Beihülfe unter den Gatten eine gegenseitige.

Die Bedeutung der Ehe in Absicht auf das Vermögen hat das M. L. R. in verschiedenen Abschnitten niedergelegt: in Tit. I. vom Heurathsgut (dos), Dotalrecht, in Tit. II. von der Einkindschaft mit einer Art der allgemeinen Gütergemeinschaft, in Tit. III. und IV. von der Errungenschaftsgemeinschaft, und in Tit. VII. von dem Nießbrauch oder dem ehlichen Verhältniß nach dem Tode des einen Gatten.

Offenbar sind aber Tit. III. und IV. hievon die wichtigsten Abschnitte, weil sie das regelmäßige, durch keine Verträge abgeänderte Güterrecht enthalten, wiewohl nur in den allgemeinsten Grundzügen, und daher auch der Controverse den weitesten Raum gewähren.

Die Gründe, welche sich im Allgemeinen gegen die Zweckmäßigkeit jeder Gemeinschaft anführen lassen, liegen in dem Satze, daß sie die Ursache vieler Streitigkeiten ist (communio est mater rixarum), allein auf die ehliche Gütergemeinschaft läßt sich doch dieser Satz nicht anwenden, weil hier eine andere Grundlage obwaltet. Gewöhnlich ist nämlich eine Gemeinschaft oder eine Gesellschaft mehrerer Personen nur Mittel zu anderen Zwecken, in der Ehe ist aber die Verbindung Selbstzweck, sie ist daher abweichend von jeder anderen Vereinigung eine höchst innige, alle Verhältnisse durchdringende, und hiernach erscheint auch die Gemeinschaft des Vermögens nur als natürliche Folge der Hauptsache, nämlich der Verbindung zur gemeinsamen Ertragung aller Schicksale und Wechselfälle des Lebens [1]). Die im deutschen Charakter begründete Anschauung über die Innigkeit dieses Verhältnisses hat daher auch die Auffassung der ehlichen Güterrechte anders als das römische Recht gestaltet. Die Früchte des Fleißes und der gemeinsamen Arbeit, aber auch die Folgen eines erlittenen Schicksales oder der Nachlässigkeit treffen den Urheber sowohl in seiner Person selbst, als auch in der Person Derjenigen, die ihm naturgemäß die nächsten sind im Leben, nämlich im Gatten und in den Kindern.

Eine schroffe Trennung der beiderseitigen Vermögen der Gatten würde gerade hier den nächsten Grund zu Streitigkeiten über Erfüllung der Ehelasten bieten, es würde die Frage über die Aufbringung des Unterhaltes der Familie die weitaus größte Menge der Ehen treffen, bei welchen nicht das eingebrachte Vermögen der Gatten, sondern der tägliche Verdienst während der Ehe auch den bei weitem größten Theil der Mittel bildet, welche den Gatten zur Verwendung kommen.

---

[1]) Die ehliche Gütergemeinschaft hat auch eine sittliche Bedeutung, wenn sie sich auf ein musterhaftes Familienleben und die ehliche Liebe stützt, sie ist dann der stärkste Sporn, durch gemeinschaftliche Arbeit und Sparsamkeit einen Besitzstand zu gründen, und die Familie, namentlich die Kinder gegen die Wechselfälle des Schicksals zu sichern. Ist freilich jene Grundbedingung nicht gegeben, so artet auch die ehliche Gütergemeinschaft in eine Beraubung des besseren Gatten durch den schlechteren aus. Alle Gesetzgebungen haben gefühlt, daß diesem Falle ein Damm durch Rechtsschutz des besseren Gatten oder der Kinder entgegengesetzt werden muß, daher die Beschränkungen der Verwaltungsrechte des Mannes rc. Auf ein Volk angewendet, würde allerdings die Gütergemeinschaft zu dem Ergebniß führen, daß jeder möglichst viel genießen, und möglichst wenig arbeiten wollte, weil das Ergebniß seiner Arbeit ihm nur in einem verschwindend kleinen Theil zu gut käme.

Mag man aber hierin, oder in anderen Verhältnissen den Grund der sicherlich bei den germanischen Völkern entstandenen Gütergemeinschaft suchen und finden [1]), ebenso gewiß ist es, daß bei allen Völkern, bei welchen die Frau blos als Sclavin oder Dienerin des Mannes betrachtet wurde, dieser consequent auch kein Antheil am ehlichen Erwerb gestattet werden konnte, weil ihrem untergeordneten Verhältnisse gegenüber auch nur der Mann allein es war, welchem der Unterhalt der Familie oblag. So wurden in der strengen ursprünglichen Ehe der Römer die Männer Eigenthümer alles Vermögens der Frauen, erst später, als diese erbfähig, und ihre Abhängigkeitsverhältnisse mehr gelockert wurden, bildete sich das Dotalsystem aus, nach welchem die Frau ihr ganzes Vermögen oder einen Theil desselben dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten übergibt, selbst aber mit weitgehenden Sicherheitsrechten wegen dieses Vermögens dessen Eigenthümerin bleibt, so wie sie auch Eigenthümerin ihres zurückbehaltenen Gutes (der Paraphernen) ist.

Man kann hieraus den Schluß ziehen, daß die Anwendbarkeit des römischen Rechtes auf das germanische Institut der ehlichen Gütergemeinschaft bedenklich ist, und es erklärlich finden, daß ungeachtet des Eindringens des römischen Rechtes sich bei den meisten Völkern germanischen Ursprunges das System der ehlichen Gütergemeinschaft erhalten hat [2]). Wo letzteres noch besteht, konnte es mit den ganz heterogenen Dotalrechten nicht vermischt werden, nur konnte man sich nicht entheben, das Dotalrecht wenigstens nebenher als eine Vervollständigung aufzunehmen.

So bestand die ehliche Gütergemeinschaft von jeher in allen Ländern, welchen der Schwabenspiegel (S. 9 not. 2) als Grundrecht und Unterlage dient, namentlich auch im Rheingaue. Nur die eigenthümlichen Verhältnisse des Adels verhinderten bei ihm die Gütergemeinschaft, ebenso wie diese Verhältnisse dort auch den Grundsatz der gleichen Erbberechtigung aller Kinder ausschlossen.

Irrig wäre es übrigens, anzunehmen, daß die allgemeine Gütergemeinschaft die ursprüngliche und gemeinrechtliche gewesen sei. Selbst in Ansehung der Städte, in welchen sich zuerst das Bedürfniß der

---

[1]) Nach römischem Rechte hatte die Frau keinen Antheil an den Erwerbungen, die ihr Mann machen konnte, jedoch läßt sich aus einigen Gesetzesstellen schließen, daß die Gatten zuweilen die Verabredung trafen, daß die Errungenschaft unter ihnen gemeinschaftlich sein sollte; gewöhnlich pflegte indeß die Frau einen großen Theil ihres Vermögens sich als Brautschatz zu bestellen, und sich den übrigen als Paraphernale vorzubehalten; dieses war so allgemein gebräuchlich, daß man sogar die Frage aufwarf, ob die Frau befugt sei, alle Güter als Heirathsgut einzubringen, eine Frage, welche durch l. 4 C. (5. 12) bejahend entschieden wurde. Dagegen deutet schon eine Stelle in Caesar, de bello gallico, lib. 6 auf eine in Gallien übliche Gemeinschaft: „Quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis cum dote communicant; uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque pervenit.“ Mit mehr Grund noch läßt sich die Gütergemeinschaft von den Gesetzen der Germanischen Völker herleiten. Das Gesetz der Sachsen Tit. 8 gab der Frau die Hälfte von Demjenigen, was während der Ehe erworben worden war, und jenes der Ripuarier Tit. 29 nur einen Drittel davon. Diese Gütergemeinschaft war, wie man sieht, ursprünglich auf eine Errungenschaftsgemeinschaft beschränkt.

[2]) Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß andere Sätze des römischen Rechtes über die Genossenschaftsverhältnisse der ehlichen Gütergemeinschaft angepaßt werden konnten.

Gütergemeinschaft ergab, läßt sich nicht beweisen, daß sie schon im Mittelalter vorkam, z. B. in Hamburg, in Bremen, in Lübeck [1]).

Was man in den alten Rechtsquellen als allgemeine Gütergemeinschaft annahm, erklärt sich weit einfacher entweder aus dem Mundium des Ehemannes, unter welches das ganze Vermögen der Frau kam, oder aus dem überall anerkannten Erbrechte der Ehefrau, so wie aus dem Grundsatze, daß das bewegliche Vermögen der Frau der freien Verfügung des Mannes unterworfen wurde, und auch für dessen Schulden haftete [2]).

Der Ausdruck „gemeines Gut" bezieht sich entweder nur auf die Errungenschaft, oder auf eine gemeinschaftliche Masse, woraus Schulden bezahlt werden sollten, oder auf das äußerlich unter dem Mundium vereinigte Vermögen. (Maurenbrecher, Lehrbuch d. d. Pr. R. Bd. II. S. 599.)

Dagegen ist es richtig, daß schon frühe Veranlassungsgründe zur Ausbildung des späteren Systemes der allgemeinen Gütergemeinschaft sich zeigen. Sie lagen 1) in der frühen Sitte, der überlebenden Frau, der Genossin und Gefährtin des Ehemannes, ein gewisses Vermögen zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes im Wittwenstande zu bestimmen, 2) in dem Errungenschaftssystem, 3) in den Verhältnissen des ehlichen Mundiums, 4) in den veränderten Verhältnissen der Stammgüter der Frau, bezüglich welcher sich die Veräußerungsgewalt des Ehemannes erweiterte. Dazu kam 5) der Gebrauch, daß der überlebende Ehegatte an vielen Orten mit den Kindern in dem ungetheilten Vermögen fortlebte, und dann Alles als gemeinschaftliches Vermögen behandelt wurde.

In den Mainzer Landen [3]), mit Ausnahme von Eichsfeld und Erfurt, galt von Alters her eine Gütergemeinschaft, welche jedoch nach Verschiedenheit der Orte abweichend, aber nirgends klar und bestimmt

---

1) Heise und Cropp, Abhandlungen Thl. II. nr. 16. — Donand, Vers. einer Geschichte des Bremer Stadtrechts, Thl. II. S. 95—211. — Berk, über Bremisches Güterrecht der Ehegatten. — Behn, die ehlichen Güterrechte des lüb. Rechts.

2) Philipps Lehre von der G. G. S. 13. — Heise und Cropp l. c. S. 439. 466. — Berk, l. c. S. 105—109.

3) Sandhaas fränk. ehl. Güterrecht S. 178 not. 16. — „Item zu Mentze ist ein Gewohnheit und Recht, izt es, daz zwey ellich gemahel in der ee zu samen komen sonder gedinge, wor-wort oder verschribunge, und nechts mit irme gute geschafft han und ir eins an libeserben abe gent, als da oben geschriben stet, und get der man des ersten abe, so sal man yr beyder gut teylen, und zweyteil geben j und fallen off des mannes ersten erben und gebort es sich, daz die frauwe zum ersten abe get von dodes wegen als vor gerort ist, so sal man ir beyder gut, daz sie zu samen bracht oder gelaszen hetten, teylen, und der man behelt zwey teyl und der frauwen ersten erben ein tretteil von stunt werden und gefallen. Item von der ellichen lude eyasz abe is gangen, als vor geschriben stet, es sy die ersten oder lesten so mogen die kinde, oder ob sie nyt kind hetten, die nesten erben daz ander ellich lebende von stunt butteyln, als ob geschriben stet. daz ist recht und gewohnheit zu Mentze."

Nach Euler, Zeitschrift IX. 17, soll auch im Rheingau nach Schwert- und Rockentheil getheilt worden sein, während bei beerbter Ehe die Theilung mit den Kindern nach Hälften geschehen sein soll. Wenigstens bezeugt Bodmann (rheingauische Alterthümer Bd. II. S. 645): „Landbrauch war es, daß das beiderseits zusammengebrachte, ererbte und errungene Vermögen nach beider Ehegatten Tod als hinterfälliges Gut an die nächsten Verwandten und zwar auf die Schwert- (männliche) Seite 2/3, an die Rocken- (weibliche) Seite aber 1/3 fallen solle. So war denn der letztlebende nur Nutznießer der Regel nach des gesammten Verlaßthums".

definirt war; insbesondere gründete sich diese Gütergemeinschaft vor Einführung des M. L. R. auf das Rheingauer Recht, wornach dem überlebenden Mann der Schwerttheil oder ²/₃, der Frau der Rockentheil oder ¹/₃ der ganzen Masse, und nebstdem dem überlebenden Gatten der Nießbrauch am ganzen Vermögen des verstorbenen gebührte (Erk. des Rev.-G. vom 15. Dezember 1779. J. S. Nebel gegen Nebel).

Die Stadt Mainz hatte namentlich den sog. Stadtgebrauch, der ebenfalls als vielfach controvers und mit vielen unbilligen Bestimmungen angefüllt geschildert wird. Die Ordinatio electoralis Moguntina vom 21. Juli 1655 sagt darüber im Eingange: „Was gestalt der Stadtgebrauch des Schwert- und Rockentheils öfters denen Kindern ihr elterliches Vermögen entziehet, die Wittiben in Armuth gesetzet, auch jeweilens ansehnliche Erbschaft zum Nachtheil unserer Burgerschaften aus der Stadt enführet, was für confussiones und Strittigkeiten daraus entstehn, daß die Inventationes der Kinder Nahrung so lang als ihr Vater und Mutter im Wittibstand verbleibet, eingestellet, und die Erbschaften ohne Erkenntnuß des Gerichts angetreten werden 2c."

So benützten auch einzelne Bestandtheile des Mainzer Landes nicht eigenes, sondern benachbartes Recht, z. B. die Wetterau das Solmser Recht, Bingen dagegen eigenes Recht, und im ganzen Rheingau bestand ehedem eine dreifache Observanz rücksichtlich der Gütergemeinschaft. Die größte Verwirrung entstand durch Hereinziehen des römischen Rechtes, wie dieses das Publikationspatent zum M. L. R. von 1755 selbst anerkennt.

Diesen Mißständen suchte zuerst die obenangezogene Verordnung des Kurfürsten Johann Philipp von 1655 abzuhelfen, indem sie pag. 10 die Gemeinschaft blos auf die Errungenschaft beschränkte, und dem Manne daran ²/₃ und der Frau ¹/₃ anwies,

> „So statuiren wir, daß erstlich der mehrbedachte Mainzer Stadt-„brauch, so viel die künftigen Ehen betrifft, weiter nicht, als auf „die Errungenschaft sich erstrecken solle 2c., alsdann das Eheweib, „dem in krafft dieser Unserer Ordnung an der Errungenschaft das „Rockentheil oder dritte Theil gebührt 2c.",

welche Bestimmung durch das Landrecht von 1755 angenommen, und mit Ausschluß von Eichsfeld und Erfurt auf die übrigen Mainzer Landestheile unter Aufhebung aller entgegenstehenden Gebräuche und Gewohnheiten ausgedehnt wurde.

Wie schon unter Tit. I. angeführt wurde, und wohl in allen Statutarrechten begründet ist, muß den bei dem Abschluß einer Ehe Betheiligten die freie Verfügung über ihr gegenwärtiges und künftiges Vermögen unbedingt gestattet werden, soweit kein bestehendes Gesetz dadurch verletzt wird. Dagegen ist es aber natürlich und nothwendig Sache der Gesetzgebung, eine bestimmte Regel als Norm aufzustellen, welche die Stelle der Willkühr der Betheiligten in allen jenen Fällen vertritt, in welchen die Gatten eine solche Bestimmung über ihre Vermögensverhältnisse zu treffen unterlassen haben. Diese gesetzliche Regel gibt ein Bild der Sitten und Eigenthümlichkeiten des Volkes, bei welchen sie sich Anfangs durch Uebung entwickelt, und dann durch Statute festgestellt worden ist, und es ist daher anzunehmen, daß sie den gewöhnlichen Verhältnissen und rechtlichen Anschauungen so angemessen gewesen sei, daß

sie in den meisten Fällen den Abschluß besonderer Verträge überflüssig machen konnte, so daß letztere nur bei ausnahmsweisen und besonderen Familienverhältnissen errichtet zu werden pflegten.

Neben einander haben sich nun in Deutschland die allgemeine Gütergemeinschaft — communio omnium bonorum — und die partikuläre oder Errungenschaftsgemeinschaft — communio acquestus — ausgebildet. Da man annimmt, daß für die Behandlung des gemeinschaftlichen Vermögens bei der partikularen Gütergemeinschaft dieselben Grundsätze gelten, welche bei der allgemeinen Gütergemeinschaft vorkommen, mag hier wenigstens erwähnt werden, daß die letztere alle Güter der Gatten, gegenwärtige und künftige, sie mögen unter welchem Titel immer eingebracht und erworben sein, vollkommen gleich und unter den Gatten gemeinschaftlich macht, die weiblichen Vorrechte über Rückziehung der dos und des Einbringens, die Nichtigkeit ihrer Bürgschaften, sowie den Unterschied zwischen vorehlichen und während der Ehe contrahirten Schulden, und zwischen den weiblichen Gütern vollständig aufhebt.

Dieses Gemeinschaftsverhältniß wird ausgedrückt durch das Sprüchwort „Leib an Leib, Gut an Gut," aber nicht durch die Parömie „Hut bei Schleier und Schleier bei Hut", wodurch vielmehr ein gegenseitiges Erbrecht in Ermanglung von Kindern bezeichnet wird. (Eisenhards Sprüchwörter Abth. II. nr. 19 und 20.)

Ein Unterschied ergibt sich indeß selbst in Betreff der allgemeinen Gütergemeinschaft rücksichtlich ihres rechtlichen Begriffes; die Gemeinschaft erscheint nämlich entweder als das römisch rechtliche Miteigenthum (condominium pro indiviso) oder als das deutschrechtliche Gesammteigenthum. Der erstere Fall ist gegeben, sobald sich nach einem bestimmten Statutarrecht durch den Tod des einen Gatten das Gemeinschaftsverhältniß auflöst, und der überlebende Gatte den Antheil des Verstorbenen an dessen Erben aushändigen muß. Sind in diesem Falle die Kinder Erben des verstorbenen Gatten, so findet gewöhnlich mit diesen die sog. fortgesetzte Gütergemeinschaft statt. Liegt aber der Gütergemeinschaft das deutschrechtliche Gesammteigenthum zu Grund, so tritt nach dem Tode des einen Gatten gar keine wahre Erbfolge ein, sondern es fällt Alles durch Consolidation an den überlebenden Gatten, weil der Verstorbene eigentlich kein ausschließlich eigenes Vermögen hatte.

Mit dem Rechtssprüchworte „Mann und Weib sind nur ein Leib" ist die Fiktion einer moralischen einzigen Person der beiden Eheleute ausgesprochen, so daß consequent kein Gatte für sich das Recht der freien Verfügung über irgend einen Theil des gemeinschaftlichen Vermögens, nicht einmal das Recht zu testiren hätte.

Um die mit einer solchen Fiktion verbundenen Ungeheuerlichkeiten zu beseitigen, hat das französische Recht auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft jedem Gatten einen Anspruch auf einen bestimmten Theil der Gemeinschaft (auf die Hälfte) eingeräumt.

Die allgemeine Gütergemeinschaft empfiehlt sich allerdings dadurch, daß sie beide Ehegatten in Bezug auf Vermögensverhältnisse kurzweg gleichstellt, es streiten aber gegen sie die auch wohl überwiegenden Gründe, daß durch sie gleichsam eine Beraubung des einen Gatten zum Vortheile des andern häufig mit verderblichen Folgen herbeigeführt, und damit auch die nuturgemäß begründeten Erbschaftsrechte der Familie des einen

oder andern Gatten in Bezug auf den aus diesen Familien stammenden Vermögenstheil verkürzt werden[1]).

Die auf den gesammten Nutzertrag ausgedehnte Errungenschaftsgemeinschaft scheint daher die vernünftigste Norm. Es wird dabei keine billige Rücksicht verletzt, es bekommt nicht ein Gatte das Recht, über ein Vermögen frei zu schalten, welches Andere oft mühsam erworben haben; nur was beide Gatten durch gemeinsame Arbeit und gemeinsame Sparsamkeit errungen haben, bleibt ihnen auch zu gemeinsamem Genuß und Eigenthum.

Dieses war auch die Gütergemeinschaft in ihrer ursprünglichen Gestalt (Runde, d. P. R. § 610), und es folgt auch unser Statut dieser Errungenschaftsgemeinschaft in folgenden Grundzügen: a) vom Tage des Eheabschlusses beginnt die Gemeinschaft, aber beschränkt auf das während der Ehe Erworbene, b) jeder der beiden Gatten bleibt im Eigenthum seines vor dem Abschluß der Ehe besessenen Mobiliar- und Immobiliar-Vermögens, soweit er sein Recht zu erweisen vermag, c) in die Gemeinschaft fallen nicht nur die Zinsen und Erträgnisse des Separatvermögens ohne Ausnahme, sondern überhaupt auch Alles, dessen Eigenthum vor der Heirath nicht dargethan werden kann, d) für die Errungenschaftsqualität streitet bis zu diesem Beweise die Vermuthung, e) die Verwaltung gebührt während der Ehe dem Manne, als dem Oberhaupt der Familie, f) die Gemeinschaft wird aufgelöst, sobald ihr Grund, die Ehe, aufgelöst wird.

Aehnlich ist das Erbacher Recht, das Solmser, Koburg'sche, Deutschorden'sche Recht, die Frankfurter Reformation, das Pfälzer und Würtemberger Landrecht rc.

§ 66.

Die Gütersysteme des Mainzer Landrechtes.

Wie ein Blick auf den Umfang der gesetzlichen Bestimmungen des M. L. R. über die ehlichen Güterrechte bewährt, sind seine Anordnungen nur in den Grundzügen gezeichnet. Wenn daher die darin gegebenen Rechtsinstitute entwickelt werden sollen, so ist es nöthig, theils aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, theils aus den dem ganzen Landrechte eigenthümlichen Sätzen ihren Charakter aufzusuchen, und sich an der Hand der Praxis die Theorie des Landrechtes zu bilden.

Dem gemeinen römischen Rechte kann bei dieser Arbeit, obgleich es als das subsidiäre gesetzlich erklärt ist, für die Gütergemeinschaft als

---

[1]) Die französische Gesetzgebung hat daher den Eintritt der Gütergemeinschaft nicht blos davon abhängig gemacht, daß die Ehe wenigstens über ein Jahr gedauert habe, sondern sie hat dieselbe auch mit Ausschluß aller Immobilien auf das Mobiliarvermögen beschränkt. Allein Alles, was sich gegen die allgemeine Gütergemeinschaft sagen läßt, läßt sich auch an dieser Vorsichtsmaßregel aussetzen. Das Vermögen, namentlich jenes reicher Familien, besteht oft nur aus Mobilien, wozu auch alle Forderungsrechte, Kapitalausstände, Staatspapiere rc. gehören; verheirathet sich nun jemand mit einer Person, welche gar kein Vermögen, oder einen noch so großen Grundwerth besitzt, und stirbt nach eingetretener Gütergemeinschaft in wenigen Tagen oder Wochen, so muß der überlebende Gatte sein eigenes Mobiliarvermögen mit den Verwandten des Verstorbenen ohne Widerrede, aber gewiß vernunftwidrig theilen, m. a. W. er ist um die Hälfte seines Vermögens gebracht.

deutsches Institut und selbst für das Dotalrecht nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen werden, da auch das Dotalrecht durch seine unnatürliche Verbindung mit der Gütergemeinschaft wesentliche Abänderungen erlitten hat.

Die allgemeine Gütergemeinschaft liegt, nachdem sie nur bei der Einkindschaft in Frage kommt, außer dem Bereiche dieser Darstellung, wir haben es daher nur mit dem Systeme des Dotalrechtes, und jenem der Errungenschaftsgemeinschaft zu thun.

§ 67.

1) Dotalrecht.

Eine Ehe mit Dotalrecht ist nach M. L. R. nicht der gesetzliche Güterstand, weil nach Tit. I. § 5 die Bestellung eines Heirathsgutes nicht allein nicht vermuthet wird, sondern nach Tit. I. § 8 ausdrücklich bewiesen sein muß. — Wenn es sich daher neben dem auf diese Weise bestellten Heirathsgut noch um weiteres Vermögen der Frau handelt, so ist zu untersuchen, ob dieses den römischrechtlichen Charakter der Paraphernen oder des Zubringens nach Tit. III. § 2 des M. L. R. hat. — Paraphernalgüter sind nämlich nach l. 8 C. (5. 14) jene Vermögensbestandtheile, welche außer dem Heirathsgut der Frau gehören, und an welchen der Mann gegen den Willen der Frau keine Gemeinschaft haben, noch denselben irgend eine Beschränkung auferlegen soll [1]). Die Frau hat sonach ein vollständiges Eigenthum an ihren Paraphernalgütern, mithin das Recht, diese Güter zu verwalten und alle Nutzungen daraus zu ziehen, wenngleich vorbehaltlich der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes, welche auf der Verbindlichkeit desselben zum Schutze der Frau, und auf der Pflicht der letzteren zum Gehorsame beruht. Dieses Paraphernalgut ist also weit verschieden von dem Zubringen der Frau nach M. L. R., welches ipso jure in die förmliche Verwaltung des Mannes kommt, und dessen Erträgnisse ebenso kraft des Gesetzes in die ehliche Gemeinschaft fließen.

Obgleich nun solche Paraphernalgüter nach dem subsidiären gemeinen Rechte auch für das M. L. R. zulässig erscheinen müssen, so nimmt doch im Falle sie wirklich vorhanden sind, das gewöhnliche ehliche Verhältniß durch sie eine ganz andere Gestalt an, die Frau kann sich beim Widerspruche des Mannes gegen ihre Verwaltung vom Gerichte autorisiren lassen, weil er nur als ihr Vormund erscheint, und die Errungenschaftsgemeinschaft wird darum unmöglich. Wegen dieser durch Bestellung von Paraphernalgütern bewirkten Umgestaltung des gesetzlichen Güterrechtes müssen daher die Paraphernalgüter ebenso wie das Heirathsgut ausdrücklich vertragsmäßig festgestellt werden, obgleich gemeinrechtlich das Paraphernalvermögen durch das Heirathsgut von selbst ausgeschieden ist.

---

[1]) Der Begriff „Paraphernalgut“ wird hier in dem strikten Sinne gebraucht, wornach dem Manne daran nur jene Rechte gebühren, welche ihm die Frau daran eingeräumt hat, sei es Aufbewahrung, Verwaltung oder Nießbrauch. l. 9 § 3 D. (23. 3) l. 11 C. (5. 14) l. 8 C. (5. 14) — Die sog. Receptiz-Güter sind daher keine eigene Art des weiblichen Vermögens, sondern es soll damit nur der Umstand bezeichnet werden, daß die Frau ihre Paraphernen ganz in ihrer eigenen Hand behalten hat, und dieses ist auch das eigentliche rechtliche Verhältniß, zu dessen Begründung es keines Vorbehaltes Seitens der Frau bedarf (Seuffert's P. R. § 462).

Das gewöhnliche Zubringen der Frau hat daher weder den Charakter des Heirathsgutes, wie schon unter Tit. I. erörtert wurde, noch den Charakter des Paraphernalvermögens. Ist aber Paraphernalvermögen bedungen, so besteht der eigentliche römischrechtlich getrennte Güterstand, dessen Wesen darin beruht, daß während der Ehe kein Gatte an den Gütern des andern ein Recht hat, und auch der Frau eine freie, nur durch das Mundium ihres Mannes beschränkte Disposition an ihren Gütern eingeräumt ist. — Dieses Verhältniß ist der Gegensatz zu der Gütergemeinschaft, d. h. zu jenem Vermögensstand, in welchem beide Gatten im Verhältnisse einer gleichen inneren Berechtigung zu dem Vermögen stehen, welches Gegenstand der Gemeinschaft ist.

Aber selbst bei dem getrennten Güterstand ist dessen Abhängigkeit von der Ehe zu erkennen, denn die Ehe bedingt die Dotalrechte, d. h. die dem Manne an dem Heirathsgute eingeräumten Rechte, obgleich die Frau Eigenthümerin des Heirathsgutes bleibt (l. 75 D (23. 3) »quamvis in bonis mariti dos sit, tamen muleris est«), und die Rechte der Frau an der dos (privilegia dotis) während der Ehe nur zur Ausübung kommen, wenn ein der Auflösung der güterrechtlichen Verhältnisse der Ehe ähnlicher Fall, nämlich die Insolvenz des Mannes oder dessen schlechte Haushaltung eintritt, indem dann die Frau die sonst dem Manne zustehenden Rechte zum Zwecke der Ehe für sich in Anspruch nehmen oder wenigstens Sicherheit dafür verlangen kann. (l. 24 pr. D (23. 3) l. 29. 30 C. (5. 12) Nov. 97 cap. 6 p. — Tit. I. § 7., Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R.)

Die Ehe hindert ferner selbst beim getrennten Güterstand den Erwerb von Rechten durch das Verbot der Schenkung unter Gatten, oder sie begründet ein Recht des Mannes, das Versprechen Heirathsgut einzufordern [1]).

---

[1]) Außer dem Paraphernalgut steht gemeinrechtlich noch in Bezug auf den getrennten Güterstand der in Tit. III. § 6 des M. L. R. erwähnte Brautschatz, welcher nicht mit dem sog. Brautwagen zu verwechseln ist, welchen die Braut als einen Theil der Ausstattung oder als einen Theil des Heirathsgutes in die Ehe bringt, weil das M. L. R. dabei bemerkt, daß er von dem Manne der Frau gegeben werde. Durch Tit. XVII. § 2 des M. L. R. ist auch näher erörtert, daß die Brautgabe — oder Schankung etwas Anderes ist, als die Widerlage, obgleich der Sohn beide von den Eltern bekömmt, gleichwie die Tochter ihr Heirathsgut. Der Brautschatz, die Brautgabe oder die römischrechtliche donatio propter nuptias gehen nach M. L. R. Tit. III. § 6 in das Zubringen der Frau über, werden also dadurch nicht ein Bestandtheil des Heirathsgutes mit seinen Vorrechten, während gemeinrechtlich die richtige Ansicht über das so wenig aufgeklärte Institut der donatio propter nuptias die zu sein scheint, daß diese Schenkung als ein gewisses Gut während der Ehe ganz in das rechtliche Verhältniß der Dotalgüter eintritt, wiewohl die zur Sicherung desselben dienenden Vorzüge geringer sind, als die des eigentlichen Dotalgutes. (Nov. 109 cap. 1. — Thibaut, P. S. § 347.)

Die Verschiedenheit besteht gemeinrechtlich darin, daß diese Schenkung aus dem Vermögen des Mannes herrührt, und sonach bei Auflösung der Ehe an diesen zurückfällt.

Die Wiederlage ist dagegen von dem M. L. R. übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte durch Tit. XXII. § 1 nr. 11 in Verbindung gebracht mit dem Heirathsgut, allein der Ertrag der Wiederlage fällt auch bei getrenntem Güterstande dem Manne zu, denn sie soll nur als einige Sicherheit für das Heurathsgut dienen, ihr Eigenthum verbleibt aber dem Manne, weßhalb sie auch bei dem über sein Vermögen ausgebrochenen Concurs in die Concursmasse gezogen wird; es genügt deßwegen ferner das blose Versprechen zur Bestellung der Wiederlage, ohne Uebergabe nothwendig zu machen, wie es bei dem Heirathsgute der Fall ist, wenn die daran klebenden Vorrechte erworben werden sollen.

Digitized by Google

Die Rechte des Mannes an dem Heirathsgut sind bereits unter Tit. I. erwähnt, es ist hierher nur zu wiederholen, daß auch das Heirathsgut, wenn nicht nebstdem die Errungenschaftsgemeinschaft ganz ausgeschlossen ist, unter den Begriff des Zubringens der Frau rücksichtlich der daraus erzielten Früchte fällt [1]), welche daher nicht ausschließend dem Manne gebühren, sondern in die Errungenschaftsgemeinschaft gehören.

Hat sich dagegen die Frau einer Theilnahme an der Errungenschaft entschlagen, was selbstverständlich der Ehemann nicht kann, indem er sich sonst seiner eheherrlichen Rechte entäußern müßte, so tritt das eigentlich gemeinrechtliche Dotalsystem ein, und dem Manne gebühren die Renten des zur Tragung der Ehelasten bestellten Heirathsgutes ausschließlich [2]).

§ 68.

2) Von der Errungenschaftsgemeinschaft.

I. Begriff.

Wenn durch Verträge unter den Gatten nichts Besonderes bestimmt ist, so leben dieselben nach dem M. L. R. in der Errungenschaftsgemeinschaft, d. h. in jenem Güterstande, nach welchem der Erwerb durch Arbeit und Sparsamkeit, sowie durch die aus dem beiderseitigen Vermögen während der Ehe erzielten Früchte Gemeingut der beiden Gatten wird; an diesem Gemeingute gebühren nach Aufhören der Gemeinschaft und nach Abzug der darauf haftenden Schulden dem Manne zwei Dritttheile und der Frau ein Dritttheil. (M. L. R. Tit. III. § 1. 2. 3.)

Zwei Werthe sind daher die Faktoren der Errungenschaft, nämlich die Arbeitskräfte der Gatten, und ihre Güter. Beide werden dem Gebrauche nach gemeinschaftlich, d. h. jeder Gatte hat Anspruch auf die Benützung der Arbeitskräfte und des Vermögens des anderen Gatten, und das daraus Erzielte wird Gemeingut, so lange die Ehe dauert [3]).

---

[1]) Was das Eigenthum an den von der Frau dem Manne zugebrachten Heirathsgütern betrifft, so kommt es darauf an, ob sie nach dem Vertrage dem Manne verkaufsweise übergeben wurden, oder ob sie nur des Werthes halber geschätzt wurden. (M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11.) Im ersteren Falle wird natürlich der Mann durch den Kauf Eigenthümer, im letzteren verbleibt das Eigenthum daran der Frau, welche die Gegenstände des Heirathsgutes in natura zurückfordern, andernfalls aber nur den Werth verlangen kann, den sie beim Kaufabschlusse (als wirklichen Kaufpreis) hatten.

[2]) Einen solchen Fall der Entschlagung der Frau von der Errungenschaft und den Eheschulden bezeichnete die ältere Praxis mit dem Namen „Lohnfrau", was wohl ein Spottnamen sein sollte. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Februar 1794. J. S. Scherer gegen Scherer.)

[3]) Solmser Landrecht Tit. 28 § 3. — Kurpfälzisches Landrecht Thl. IV. Tit. 12. —Nassau-Katzenellenbogen'sches Landrecht Thl. IV. cap. 9 § 1. 2.

Bei dieser G. G. findet sich das Eigenthümliche, daß niemals unterschieden wird, welche Vermögensvermehrung durch die Arbeit des Mannes und die Früchte seines Vermögens, und welche durch Arbeit der Frau, und die Früchte ihrer Güter hervorgebracht ist, sondern daß die ganze ehliche Errungenschaft als eine Masse behandelt, und nach einem allgemeinen jedoch verschiedenen Maßstabe unter die Gatten vertheilt wird. Diese Eigenthümlichkeit findet theils darin ihre Erklärung, daß die Frau nach deutscher Sitte entweder an den Arbeiten des Mannes wirklich unmittelbar Theil nimmt, oder doch durch die Führung des Haushaltes es ermöglicht,

Ueber die rechtliche Natur dieses Institutes haben sich verschiedene Streitfragen erhoben, a) ob die Gemeinschaft unter den Begriff einer Gesellschaft (societas) fällt, b) ob die Rechte der Gatten an dem Gemeingute 1) ein Gesammteigenthum oder 2) ein Miteigenthum, oder 3) die Rechte einer moralischen Person, oder 4) eine communio incidens darstellen.

Ad a. Gegen die Annahme einer Gesellschaft [1]) führt man an, daß die Gütergemeinschaft, wo sie vorkommt, nicht die Folge eines besonderen Vertrages, sondern Folge des ehlichen Verhältnisses überhaupt sei, und daß bei Annahme einer solchen Analogie falsche Folgerungen sich ergeben würden, indem dann eine Rechnungsablage, Haftung wegen culpa und eine Austheilung des Gewinnes nach der Größe des Einbringens vorkommen müßte, während bei der Gütergemeinschaft auf die Größe des zugebrachten Vermögens gar keine Rücksicht genommen wird.

Allein im Allgemeinen schon läßt sich dagegen sagen, daß das Eigenthum an dem Gesammtgute eben den Eheleuten zusammen zusteht, und wie bei jeder Gesellschaft die Mitglieder Miteigenthümer sind [2]) (Zachariä, franz. Civil-Recht § 503). Gewöhnlich wird zwar der Gesellschaftsvertrag als ein solcher bezeichnet, wodurch sich wenigstens zwei

---

daß er seine Zeit und Kraft lediglich seinen Geschäften zuwenden kann, und eine ängstliche Unterscheidung bei dem Arbeitserwerb beider Ehegatten zwischen dem, was der Mann, und was die Frau durch gesonderte Arbeit erworben haben, sich mit diesem Verhältnisse nicht vereinigen ließe; theils und ganz besonders beruht diese Eigenthümlichkeit darauf, daß die Kräfte und die Geschicklichkeit der Gatten als ein Gesammtkapital angesehen werden, welches für den Ehestand arbeitet, und dessen Einkünfte daher als die Errungenschaft des ehlichen Lebens gelten. (Rechtslexikon von Weiske, Bd. 13 S. 537.)

[1]) Das Wort „Gesellschaft" wird in sehr verschiedenem Sinne gebraucht: bald ist es in der weiteren Bedeutung der Begriff für die Vereinigung mehrerer Personen zu einem beliebigen Zwecke, insbesondere zum geselligen Vergnügen, bald aber nach der technischen Bedeutung der Rechtswissenschaft eine eigentliche Gesellschaft im engeren Sinne, eine eigentliche Erwerbsgesellschaft. — Puchta, Pandekten § 170, — Rösler, in Goldschnitts Zeitschrift, Bd. IV. S. 252, wo es § 2 heißt: „Gegenstand der Societät des römischen Rechtes war wie bei jeder Obligation eine Handlung des Schuldners, beziehungsweise eine zusammenhängende Reihe von Handlungen, durch welche der Zweck des Vertrages, nämlich Gemeinschaft von Gewinn und Verlust aus dem Betrieb gewisser Geschäfte oder dauernder Unternehmungen realisirt werden sollte. — Das österreichische Gesetzbuch bestimmt in § 1175: „Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu gemeinschaftlichem Erwerbe errichtet. Die Erwerbsgesellschaften sind sonach ausgeschieden von den Gesellschaften überhaupt, mit ihnen beschäftigt sich vorzüglich das Civilrecht, während die übrigen Gesellschaften unter das öffentliche Recht fallen.

[2]) Die Versuche der Widerlegung der in mehreren Partikularrechten (Nürnberger Reformation von 1564 — Stadtrecht der freien Stadt Wimpfen von 1775 — Landrecht der Grafschaft Lingen von 1639) angenommenen Communions-, Societäts- oder Condominaltheorie gründen sich bald: a) allgemein auf die Innigkeit des ehlichen Lebens, welches durchaus keine Theilung des Vermögens beider Gatten zulasse, sondern vielmehr volle Gemeinschaft erheische, (Bluntschli P. R. II. § 162 S. 248); b) auf die Unvereinbarkeit der Beschränkung der Eheleute bezüglich des einseitigen Rücktritts und der Theilungsklage mit den römischen Principien von der Communio (Beseler, Erbverträge I. § 6 S. 76); c) auf die Unmöglichkeit für den einzelnen Gatten, seine ideelle Quote von den Einwirkungen des andern, z. B. in Ansehung der Schulden, frei zu halten (Schüller und Ortloffs, jurist. Abhandl. Nr. XV. S. 507 ff); d) auf die umfassende Verfügungsgewalt des Ehemannes, welche das Recht eines Gesellschafters in seinen Grenzen viel zu merklich überschreite. (Dunkers Gesammteigenthum § 21 S. 218. — Gengler, D. P. R. § 184 S. 1094).

Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes verbinden, die Ehe könnte daher, da sie Selbstzweck ist, in Bezug auf die Vermögensrechte der Gatten nicht als eine Gesellschaft derselben aufgefaßt werden; allein jene Definition einer Gesellschaft ist unvollständig und zu enge, da im rechtlichen Sinne zu dem Gesellschaftsvertrage als Hauptmerkmal gehört, daß durch diesen Vertrag gemeinschaftliche Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt erzeugt werden, ohne daß jedoch der materielle Vortheil der Contrahenten direkter Zweck oder Endzweck sein muß, d. h. zur Erreichung des Vertragszweckes (hier der Ehe) müssen Vermögensverbindlichkeiten oder Erwerb gemeinschaftlicher Rechte unter den Contrahenten verabredet sein. Dieses ist nun Alles bei der ehlichen Gütergemeinschaft offenbar der Fall. Demnach kann man mit Rücksicht auf den Zweck der Gesellschaft zwei Arten unterscheiden: a) die auf Vermögensgewinn gerichtete quaestuaria; b) die zu andern Zwecken eingegangenen simplex [1]).

Die Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszweckes können theils persönliche Leistungen der Gesellschaftsmitglieder sein — societas operarum — theils das Vermögen derselben — societas rerum — und letzteres wieder in doppelter Weise, entweder soll das Vermögen gemeinschaftlich werden, societas quoad dominum, oder jeder Gesellschafter bleibt Eigenthümer der von ihm hergegebenen Sache, und die anderen Gesellschafter erlangen nur das Gebrauchsrecht oder den Besitz — societas quoad usum —. Der Unterschied zwischen letzteren beiden Societätsarten ist praktisch sehr wichtig, weil bei der ersteren die sämmtlichen Gesellschaftsmitglieder, bei der zweiten nur der Eigenthümer den durch Zufall dem Vermögen zugegangenen Schaden zu tragen hat.

Im Zweifel ist die societas quoad usum zu vermuthen, weil der Einzelne dadurch am wenigsten veräußert und der Grundsatz gilt, daß im Zweifel die Summa auf Das herabzusetzen ist, was das Wenigste ist. — In dubio minimum praesumitur. — l. 34 D. (50. 17). Thibaut, § 537 [2]).

---

[1]) Die Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern sprechen sich bei der Begriffsbestimmung eines Gesellschaftsvertrages (S. 170) dahin aus, es könne eine vermögensrechtliche Gemeinschaft — das charakteristische civilrechtliche Element dieses Vertrages — zum Dasein kommen: a) vermöge des gemeinsamen Zweckes, wie bei der Erwerbsgesellschaft, oder b) erst durch Vereinigung der Mittel zu dem gemeinsamen Zwecke, wie z. B. bei einer Verbindung zu einem künstlerischen, geselligen, gemeinnützigen oder patriotischen Unternehmen, bei welchem sich die Gesellschafter zu Vermögensbeiträgen gegenseitig verpflichten, und erst hiedurch in ein Schuldverhältniß treten.

Vermöge dieses civilrechtlichen Begriffes bleiben Verbindungen zu anderen, als vermögensrechtlichen Zwecken von den Gesellschaften ausgeschlossen, bei welchen auch die Mittel — die gegenseitigen Leistungen der Gesellschafter — keine vermögensrechtliche Gemeinschaft bewirken, und welchen das gegenseitige Verhältniß der Gesellschafter zu einander als Gläubiger und Schuldner fremd ist.

Der hiezu gehörige Art. 535 des Entwurfes sagt: „Der Gesellschaftsvertrag besteht in der Uebereinkunft mehrerer Personen, Arbeit oder Vermögen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der Weise zu vereinigen, daß entweder hinsichtlich der Mittel oder des Zweckes eine vermögensrechtliche Gemeinschaft beabsichtigt ist. — Diese moderne Theorie, wodurch eine communio incidens unmöglich wird, war aber den alten Rechtsanschauungen fremd (vergl. ad b).

[2]) Gewiß ist es, daß die in die Gesellschaft eingebrachten Gegenstände Miteigenthum aller Gesellschafter werden, wenn der Geber dieses erklärt hat, oder wenn die eingebrachten Sachen Gelder sind, weil diese ohne Verbrauch nutzlos bleiben,

Die Natur der Gesellschaft fordert, daß der gemeinschaftliche Zweck durch gemeinschaftliche Mittel erreicht werde, daß mithin jeder Theilnehmer etwas beitrage. Die Einlage der Einzelnen braucht aber weder der Größe nach gleich, noch gleichartig zu sein, so daß durch eine solche Verschiedenheit der Einlagen, wenn z. B. der eine Gatte gar kein Vermögen, sondern nur seine geistige oder körperliche Arbeitskraft einbringt, auch gemeinrechtlich selbst ein gleicher Antheil am Gewinne der Gesellschaft nicht aufgehoben wird § 2. J. (3. 36).

Aus diesem Grunde ist auch die Verabredung gültig, daß Gewinn und Verlust verschieden getheilt werde, wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft des M. L. R. Dabei ist noch zu bemerken, daß, wenn eine Gesellschaft blos eine societas operarum oder usus sein soll, sie nothwendig darauf gerichtet sein muß, daß durch die gänzliche oder theilweise Erreichung ihres Zweckes eine Gemeinschaft von Eigenthum oder anderen Rechten, wie bei dem Ehegewinn der Fall ist, bewirkt werde. Wo dieses nicht geschieht, ist keine Gesellschaft vorhanden, sondern ein anderer Vertrag, z. B. ein mehrfaches Leihgeschäft, comodatum rc.

Eine solche Gebrauchsgemeinschaft (societas usus) ist nun offenbar nach M. L. R. Tit. III. § 1 vorhanden (Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1773. J. S. Hahn gegen Hahn und Mändel. — Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784. J. S. Schlender gegen Schlender Creditoren), weil bei der Abtheilung jeder Gatte sein Zugebrachtes als Eigenthum zurückerhält, und nur die Nutzung daraus gemeinschaftlich wird. Der Umstand, daß dieses Verhältniß durch das Gesetz entsteht, kann die Begründung einer Gesellschaft nicht hindern, weil sich die Gatten dem Gesetze durch die eingegangene Ehe und mittelst eines stillschweigenden Vertrages einer Regel unterwerfen, welche sie durch Vertrag hätten aufheben und für sich wirkungslos machen können. Wenn nun auch diese Regel nicht aus dem gemeinen Rechte entnommen ist, d. h. wenn auch die Errungenschaftsgemeinschaft unter Ehegatten dem ehlichen römischen Güterrechte widerstreitet, so kann sie nichts desto weniger eine Gesellschaft sein, auf welche als Gesellschaft, nicht als ehliches Güter-

---

oder wenn überhaupt eine Gesellschaft aller Güter geschlossen wurde, weil der Zweck dieser Gesellschaft auf die volle Gemeinschaft geht. l. 58 p. § 1 D. (17. 2). Aus diesen Einzelheiten haben Viele eine Regel für alle Fälle gebildet. (Mühlenbruch P. § 419), welcher von Wening (III. § 269 p.) mit Recht widersprochen ist, weil im Zweifel stets das Mindeste angenommen werden muß. (Thibaut, § 55.) Das Gegentheil ist aber nicht nur bei verbrauchbaren und vertretbaren Sachen, bei welchen eine Rückgabe in Natur dem Zwecke der Einbringung ohnehin widerspricht, sondern auch bei andern Sachen dann anzunehmen, wenn deren Einbringung mit einem bestimmten Werthanschlage verbunden, und aus dem Vertrage nicht ersichtlich ist, daß dieses in einer beschränkenden Absicht — wie etwa zum Zwecke der künftigen Berechnung der Gewinn- und Verlustantheile — geschehen sei. Für die Annahme der Eigenthumsübertragung spricht hier die Erwägung, daß die eingebrachte Sache — zumal bei längerer Dauer des gesellschaftlichen Gebrauches — sich selten in dem nämlichen Zustande und Werthe mehr befinden wird, wie bei ihrer Einbringung. Hat sie aber durch Verwendungen, durch sorgfältige Cultur rc. einen höheren Werth erlangt, so muß dieses der Gesellschaft zu gut kommen, und in ähnlicher Weise verhält es sich mit der Werthsverminderung, welche sich in Folge der gesellschaftlichen Benutzung ergeben mag. Die Schwierigkeiten und Rechnungsoperationen, welche die Annahme der Fortdauer des Eigenthumsrechtes auf Seite des Einbringers nothwendig zur Folge hätte, werden beseitigt, wenn das Eingebrachte als zum Gemeingut der Gesellschaft gehörig betrachtet, und dem Einbringer nur die Anschlagsumme gutgerechnet wird.

recht, die Grundsätze des römischen Rechtes über Societät Anwendung finden.

Daß diese Anwendung insbesondere vom M. L. R. beabsichtigt ist, geht, abgesehen von der subsidiären Gültigkeit des gemeinen Rechtes, aus dem Umstande hervor, daß es nicht die in der Ehe erworbenen einzelnen Güter als Errungen, und die veräußerten oder durch Verbrauch verzehrten Vermögensbestandtheile als Einbuße erklärt, sondern das Eine oder Andere nur nach Abzug der Ehelasten, also nach gemachtem Abschluß ganz übereinstimmend mit dem römischen Recht. l. 30 D. (17. 2.)

Die Frage ist deßhalb von großer Bedeutung, weil sich daraus die Rechtsverhältnisse der beiden Gatten zu ihrem Separatvermögen und zu dem Gemeinschaftsvermögen als Gesellschafter unter dem Einflusse des Ehebandes erklären müssen, und nicht blos dem Manne in Absicht auf die Beförderung des gemeinschaftlichen Zweckes Rechte zukommen, sondern die Frau als dessen Genossin erscheint. (Erk. des H. G. von 1783. J. S. Volz gegen Volz.)

ad b. Von welchem Gesichtspunkte das Rechtsverhältniß der ehlichen Gemeinschaft, gleichviel ob bei der allgemeinen oder partikularen Gütergemeinschaft, aufzufassen ist, ob als deutschrechtliches Gesammteigenthum — condominium in solidum — oder Miteigenthum — oder als communio incidens, welche in Folge der Ehe, also nicht durch Vertrag entsteht, oder ob die beiden Gatten in Bezug auf die Gemeinschaft eine moralische Person darstellen, darüber herrscht viel Streit unter den Rechtslehrern sowohl, als in der Praxis. Die Frage ist an und für sich keine nutzlose, weil sie auf die rechtlichen Anschauungen über die Rechte der beiden Gatten am Ehevermögen vom unmittelbarsten Einflusse ist.

Gegen den von mehreren Rechtslehrern aufgestellten Begriff eines Gesammteigenthums (Runde, d. P. R. § 603. — Scherer, von der G. G. I. 1. 46. 71. — Danz, Handb. VI. 370. — Gründler, Polemik III. S. 167) wird eingewendet, daß ein Gesammteigenthum mehrerer Personen an einer Sache im gemeinen Rechte gar nicht bestehe, aber auch nach deutschen Rechtsbegriffen nicht bestehen könne, weil sein Wesen darin beruhen soll, daß mehrere Personen Eigenthümer derselben Sache sind, ohne daß doch eine derselben einen bestimmten wirklichen oder gedachten Antheil an der Sache habe [1]).

---

[1]) Danz, l. c. II. 498, drückt dieses aus: „Bei dem Gesammteigenthum kann „man, so widersprechend es auch im ersten Augenblicke scheinen mag, mit Wahrheit „sagen, daß ein jeder einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen und doch auch „wieder kein einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen sei. Denn das Recht „eines jeden Einzelnen erstreckt sich auf die ganze Sache, so daß dabei nicht einmal „unabgesonderte Theile gedacht werden; aber dieses Rechtes auf die ganze Sache „sind doch mehrere Individuen auf völlig gleiche Weise theilhaftig. Daraus folgt „dann, daß nur alle Gemeine zusammen über die Substanz und den Besitz der „Sache zu disponiren befugt sind, daß hingegen kein Einzelner einen bestimmten „Theil der Sache ansprechen, und eine Dispositionsbefugniß darüber sich anmaßen „kann, indem, nach verschiedenen Hinsichten ein jeder Gemeiner Eigenthümer des „Ganzen, und wie er, kein Einzelner Eigenthümer des Ganzen ist." (Lange, G. G. S. 49. 50. 162.) „Das dominium eines jeden der beiden Eheleute erstreckt sich auf das Ganze, keineswegs aber nur auf einen bestimmten Theil. Eines jeden Recht spreizt sich durch die gemeinschaftliche Sache, wie die Seele durch den Körper aus. Sie ist in allen Gliedern, sie ist im ganzen Leib, und ganz in jedem Theile des Körpers." (Gegen Runde G. G. § 65. S. 152—160. — Gengler, d. P. R. § 184.)

Diese Definition enthält allerdings ein dem Begriffe des Eigenthums widersprechendes Rechtsverhältniß, denn das Eigenthum gewährt ein ausschließendes Recht, zwei oder mehrere Personen können es also an derselben Sache nicht haben, weil sich sonst die Befugnisse dieser mehreren Personen gegenseitig aufheben oder wenigstens beschränken würden, sobald sie in Betreff der Verfügung über die Sache nicht gleicher Ansicht sind.

Allein immerhin ist doch die Idee des Gesammteigenthums in ihrer Anwendung gerade auf die ehliche Gütergemeinschaft, welche in der Innigkeit des Ehebandes und in dem Schutz- und Verwaltungsrechte des Mannes wurzelt, eine geradezu unmögliche nicht, sie legt vielmehr, nachdem sie unverkennbar in einzelnen Landrechten ausgeprägt ist, nur Zeugniß ab von der germanischen Rechtsanschauung über die ehlichen Verhältnisse, welche sich von den Beziehungen der Personen auch auf die Güterrechte fortgepflanzt haben. Das Würzburger, Bamberger, Bayreuther Recht fassen das Institut der allgemeinen Gütergemeinschaft zweifellos als condominium in solidum auf, d. h. jeder Ehegatte wird ungetheilter Eigenthümer des ganzen Vermögens, welches ihm daher nach dem Tode des andern Gatten vermöge eigenen Rechtes verbleibt.

Wo indeß ein Societätsverhältniß nach den einzelnen Statuten anzunehmen ist, da kann natürlich ein Gesammteigenthum des einzelnen Genossen nicht stattfinden, weil es keiner Erörterung bedarf, daß sonst der Theilnehmer der Gesellschaft Gesellschafter an seiner eigenen Sache sein würde. Durch das Gesammteigenthum findet auch die äußere Gütergemeinschaft ihre vollständige Erklärung in dem Zurücktreten der Frau von der Ausübung ihrer Rechte Dritteren gegenüber vermöge des ehlichen Mundiums des Mannes, so daß sie neben dem Manne nach außen keinen rechtlich selbstständigen Willen hatte, und es läßt sich hieraus der Satz ableiten, daß beide Gatten für eine Person geachtet werden.

Hiemit steht in Verbindung, was von der Vereinigung der beiden Gatten zu einer moralischen Person[1]) gesagt werden kann, die ebenfalls wieder nur auf dem Familienstatus der Frau beruht, welcher diese als die Genossin der Rechte des Mannes erscheinen läßt. Besondere Rechte kann nämlich die Frau nicht besitzen, so lange eine innere Gemeinschaft wie die des Gesammteigenthumes bestehen soll. Das Subjekt dieser Rechte kann vermöge der Natur der Ehe, und so lange die Ehe besteht, nur der Mann sein, wiewohl auch für ihn Beschränkungen rücksichtlich seiner Verfügungen durch die Genossenschaft der Frau möglich und nothwendig sind[2]).

---

[1]) Nach der Theorie der mystischen, moralischen, oder juristischen Persönlichkeit (Hasse, Beiträge § 24—33) werden die Gatten zusammen als Subjekt einer Summe von Rechten und Verbindlichkeiten betrachtet, und daher weder diese noch jene reell oder ideell getheilt. (Gengler, l. c.)

[2]) Die weiteste Ausdehnung dieser Anschauung gelangt zu der Theorie des Alleineigenthumes des Mannes und des blosen Eventualrechtes der Frau. (Sarauw in Falks neuem staatsbürgerl. Magazin Bd. VI. S 122.) Das Recht des Mannes zeigt sich hiernach in der Befugniß, das gemeinschaftliche Vermögen mit Schulden zu belasten, das Recht der Frau wird erst bei Auflösung der Ehe wirksam, sie ist während der Ehe nur zur Erwirkung einer Prodigialitätserklärung berechtigt. Das Veräußerungsverbot der Frau steht diesem Rechte nicht entgegen, wie auch im römischen Rechte der Mann Eigenthümer der dos war, ohne sie veräußern zu dürfen; es wird nur als das wirksamste Mittel angesehen zur Sicherung der einem andern eventuell zustehenden eventuellen Eigenthumsrechte. (Gengler, l. c.)

Jene Rechtslehrer, welche annehmen, die Gütergemeinschaft bewirke keine Gesellschaft, gelangen zu dem Satze, daß sie eine von einem Vertrage nicht abhängige communio incidens sei, da eine Sache auch ohne Genossenschaftsvertrag in Gemeinschaft geführt werden kann, und hier die Gemeinschaft in der Sache und dem Geschäfte selbst liegt. l. 2 D. (10. 3) l. 31. 32 D. (17. 2).

Allein wenn man auch die vertragsmäßige Grundlage der Ehe in civilrechtlicher Hinsicht nur allein auf die persönlichen Beziehungen der Gatten richten wollte, nimmer wird man annehmen können, daß die mit der Ehe bestehende Gütergemeinschaft etwas blos Zufälliges sei, wie es die angegebenen Gesetze für die communio incidens verlangen. Nach den Gesetzen ist es aber nebstdem gleichgültig, ob eine Gemeinschaft durch Verabredung oder ohne solche entstanden ist, denn im letzteren Falle erscheint die Gemeinschaft als in der Sache oder in dem Rechtsgeschäfte selbst liegend. l. 2 D. (10. 3) l. 32 D. (17. 2).

§ 68. a

II. Definition der Errungenschaftsgemeinschaft.

Wenn nun das Wesen der Errungenschaftsgemeinschaft nach M. L. R. definirt werden soll, so ist vor Allem nicht aus dem Auge zu lassen, daß der Fond dieses Verhältnisses aus dem Erwerb und der Abnutzung besteht, oder aus dem Ergebniß der beiden Faktoren: „Arbeitskräfte und Vermögen der beiden Gatten.“ Diese sind die Einlagen in die Gesellschaftskasse, aus welcher dereinst nach Zurückziehung der Einlagen das Ergebniß, sei es ein günstiges (Errungenschaft) oder ein ungünstiges (Einbuße) vertheilt werden soll.

Diese Gemeinschaft ist, wie schon erörtert, eine wirkliche Gesellschaft der Gatten, auf welche die gemeinrechtlichen Sätze der Societät Anwendung finden. „Ein O. A. G. E. vom 28. April 1863 Nr. 713$^{62}/_{63}$ sagt darüber: Die Errungenschaftsgemeinschaft ist geradeso wie die allgemeine Gütergemeinschaft nach den gemeinen Gesellschaftsrechten und Regeln zu beurtheilen.“ Diese Gesellschaft ist zwar zunächst durch die Ehe bewirkt, und vor allem nur eine persönliche, aber sie durchdringt kraft des Gesetzes alle persönlichen Verhältnisse, also auch die vermögensrechtlichen. Es läßt sich daher eine Ehe ohne Rückwirkung auf die mit den verbundenen Personen zusammenhängenden Vermögensrechte gar nicht denken, außer wo beide Gatten gar kein Vermögen haben und erwerbsunfähig sind. So war es im römischen Rechte, so ist es im deutschen Rechte — im römischen Rechte, indem die Frau ursprünglich persönlich ganz in die Gewalt (manus) des Mannes kam, und diesem daher auch ihr ganzes Vermögen gehörte — im deutschen Rechte, nach welchen die Frau durch die Ehe in den Schutz (Vogtei, Mundium) des Mannes, wenn gleich als selbstberechtigte Persönlichkeit, gelangt, und sich mit dem Schutz der Person auch der Schutz über deren Vermögen (Gewere), die Güterverwaltung des Mannes verbindet.

Die Vermögensverwaltung des Mannes vertritt die Rechte der Frau nur nach außen, und stellt dadurch eine Einheit der beiderseitigen Vermögen dar. Nach innen, d. h. im Verhältniß der beiden Gatten, bleiben der Frau ihre Rechte an ihrem Vermögen gewahrt.

Gleich wie sich nun überhaupt Rechte an Gegenständen des Vermögens in zwei Richtungen geltend machen, in dem Eigenthum — dem

willkührlichen Verfügungsrechte über das Wesen, die Substanz der Sache selbst —, und in dem Genuß an der Sache, dem Nießbrauch, so schlugen auch die Systeme der ehlichen Güterrechte zwei Richtungen ein, indem sie entweder a) das Eigenthum beider Gatten an ihrem den Ehezwecken unterworfenen Vermögen annahmen, die allgemeine Gütergemeinschaft, oder b) indem sie den gemeinsamen Nutzgenuß an diesen den Ehezwecken unterworfenen Gütern beiden Gatten zuweisen, so daß durch diesen gemeinsamen Nießbrauch die Früchte wenigstens in ein gemeinsames Eigenthuw übergehen — die Errungenschaftsgemeinschaft, oder die Gemeinschaft der Nutzungen ihrer beiden Faktoren: Arbeitskräfte und Vermögen.

Mit dem Tode eines Gatten hört natürlich die Verbindung der Personen auf; nach dieser Trennung können also nur jene Beziehungen fortdauern, welche untrennbar geworden sind, wie entweder das in ein Ganzes verschmolzene beiderseitige Eigenthum bezüglich der Sache selbst, das durch die allgemeine Gütergemeinschaft bewirkte Gesammteigenthum des beiderseitigen ganzen Vermögens, oder das ebenso vereinigte Eigenthum an den erzielten Früchten in der partikulären oder Errungenschaftsgemeinschaft.

Die consequenteste allgemeine Gütergemeinschaft ist daher jene, welche dem überlebenden Gatten das gesammte Vermögen eigenthümlich überläßt, und die consequenteste partikuläre Gütergemeinschaft jene, welche dem überlebenden Gatten den gesammten Eheerwerb, bestehend aus dem Nutzen der Arbeitskräfte und Güter, eigenthümlich zuweist. — Beide Arten der Gütergemeinschaft sind in mehreren Partikularrechten ausgeprägt. Im Fränk. L. R. bei allgemeiner Gütergemeinschaft, in der Frankf. Reform. Thl. V. Tit. V § 9 bei Errungenschaftsgemeinschaft [1]).

---

[1]) Bezüglich des fränk. L. R., vergl. Schellhaß § 112 — die Frankf. Reform. verordnet a. a. O.: „So viel dann die Succession und Erbschaft solcher in stehender Ehe erzeugter Güter betrifft, so ordnen und setzen wir, daß dieselben, sie seien gleich liegend oder fahrend, dem letztlebenden Ehegemächt, im Falle da keine Kinder vorhanden, eigenthümlich sollen zugefallen sein und bleiben."

Es kann daher weder die Idee des Gesammteigenthumes, noch die Idee des Miteigenthumes als ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden, vielmehr wird jene Theorie überall da Platz greifen, wo nach dem Tode des einen Gatten das Gemeingut dem überlebenden eigenthümlich verbleibt, während die Theorie des Miteigenthums nach ideellen Theilen dort ausgeprägt ist, wo die Kinder ꝛc. als Erben an die Stelle des erstverstorbenen Gatten treten, und sich daher das während der Ehe zu einer Masse verschmolzene Vermögen der Ehegatten mit dem durch den Tod oder sonst erfolgenden Aufhören der Ehe und Gütergemeinschaft in aliquote auf die Seite beider Gatten fallende Theile auflöst, es mag sich um die allgemeine oder partikulare Gütergemeinschaft handeln, wie im M. L. R. Tit. XIV. § 1.

Es folgt daher, wenn auch durch die Gütergemeinschaft in allen vermögensrechtlichen Beziehungen eine Gemeinschaft begründet, und während der Ehe eine einige und ungetrennte Vermögensmasse gebildet wird, deren einziger Repräsentant und Vertreter der Ehemann ist, hieraus noch nicht, daß nicht jedem Gatten an dieser verschmolzenen Vermögensmasse eine mit Auflösung der Ehe und Gütergemeinschaft hervortretende, gleichsam frei werdende Quote zustehe, und ebensowenig, daß der überlebende Gatte Eigenthümer des ganzen Vermögens sei, welches doch während der Ehe, man mag das bei der G. G. stattfindende Vermögensverhältniß unter diesen oder jenen Rechtsbegriff zu stellen suchen, ein gemeinsames Vermögen war, wofür selbst der Name dieses Güterverhältnisses spricht. Von dieser Grundlage aus, daß das gemeinsam erworbene Vermögen als eine, aber theilbare Masse in Betracht kommt, ergibt sich auch, daß jedem Gatten ein ideeller Antheil daran zukommt, und bei Auflösung der Ehe nicht erbrechtlich', sondern eigenthümlich anheimfällt. (Vergl. Seuff. Arch. Bd. XVIII. nr. 146.)

Da, wo diese innige Verschmelzung nicht stattfindet, wo also nach dem Tode des einen Gatten Eigenthum und Ergebniß des Nießbrauches sich wieder zertheilen, wie im M. L. R., kann auch schon während der Ehe jene innige Verbindung des Gesammteigenthums (volles Eigenthum jedes Gatten auf das Ganze) nicht angenommen werden, weil ja der Tod einer anderen Person die Rechte des Ueberlebenden nicht verändern könnte, sondern es fand nur das römischrechtliche Miteigenthum nach gedachten, ideellen Theilen statt.

Die Gütergemeinschaft des M. L. R. ist daher eine Verbindung (Gesellschaft) der beiden Gatten zum Nutzgenuß ihrer beiderseitigen Arbeitskräfte und ihres beiderseitigen Vermögens auf die Dauer der Ehe, wobei die Einlagen jedes Theilnehmers zwar dem Ehezweck unterworfen, aber Separatgut bleiben, während die Früchte jener beiden Faktoren, wie bei jedem Nießbrauch, Eigenthum der während des Nießbrauchs eine Person darstellenden Gatten nach gedachten Theilen werden (nach Schwert- und Rockentheil). Diese Unterscheidung in Gesammteigenthum und Miteigenthum der Gatten ist auch für die Rechte der Ehekinder von besonderer Bedeutung, indem sie nur dann durch Erbschaft in das Vermögen und die Rechte des erstverstorbenen einen Gatten eintreten, wenn ein römischrechtliches Miteigenthum der Gatten nach ideellen Theilen bestand, weil beim Gesammteigenthum durch Hinwegfallen des einen Theilhabers das bestandene Rechtsverhältniß sich in der Person des überlebenden Gatten consolidirt, und die Kinder daher nur eine Anwartschaft auf die Erbschaft nach dem Tode des letztlebenden Elterntheiles haben.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft stehen sich also zweierlei Arten von Eigenthumsrechten, nämlich das Eigenthum an dem Einbringen und das Eigenthum an den Früchten des Nutzgenusses, sowie das Nutzgenußrecht selbst gegenüber.

Das Eigenthumsrecht an dem Einbringen ist ein volles dominium, bestehend in der rechtlichen Möglichkeit, alle an der Sache denkbaren Befugnisse auszuüben, soweit nicht durch den wechselseitigen Nutzgenuß resp. das Nutzgenießungsrecht beider Gatten Schranken gesetzt sind. Durch diese Beschränkung geht aber der rechtliche Begriff des Eigenthumes nicht verloren, weil die rechtliche Möglichkeit bleibt, daß jene Unbeschränktheit von selbst wieder eintritt, sobald die Beschränkung hinwegfällt. (Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. S. 620 not. 1.) Die in dem Nutzgenusse des andern Gatten liegende Beschränkung ist ein Recht an fremder Sache (ein jus in re aliena), begrenzt durch die Befugnisse des anderen nutznießenden Gatten in seiner Eigenschaft als Nutznießer. Das Eigenthumsrecht an dem Ergebniß des Nutzgenusses oder an der Errungenschaft stammt aus der Berechtigung des Nießbrauches, und ist daher, weil der Nutzgenuß beiden Gatten wechselseitig zusteht, auch ein gemeinschaftliches Eigenthum. Bei diesem Miteigenthum ist nicht der von den Gatten gebildete Verein als Einheit der Berechtigte, sondern die einzelnen Gatten sind Theilhaber des gemeinsamen Rechtes, jeder einzelne hat einen Antheil an demselben, worüber er selbstständig auf die Zeit der Auflösung der Gemeinschaft verfügen kann (l. 3 C. [4. 52]. — Seufferts Pand. Bd. I. § 56. S. 75).

Die Verfügungen über dieses zweite Eigenthum werden aber wieder durch verschiedene Umstände eingeschränkt, und zwar auf Seite beider

Gatten durch den Ehezweck, welchem die sämmtlichen Ehegüter dienen, dann dadurch, daß auch das erworbene Gut, obgleich es nach gedachten Antheilen Separatvermögen wird, doch sogleich wieder als Separatvermögen Gegenstand des wechselseitigen Nutzgenusses geworden ist. Die Verfügung des einzelnen Theilhabers kann daher erst nach Aufhebung der Gemeinschaft für die Gemeinschaft wirksam werden, obgleich sie vorher schon zulässig war. Auf Seite der Frau ist die Verfügung über ihr Eigenthum noch speciell beschränkt durch die Verwaltungsrechte des Mannes, in dessen Händen sich die Verwaltung und die Vertretung der Gemeinschaft nach Außen, d. h. Dritteren gegenüber, vereinigt.

Nach Außen ist daher die Frau in beiden Beziehungen in der Regel nur durch den Mann vertreten, ihre unter den beiden Gatten selbstständigen Verhältnisse bilden gegen Drittere eine Rechts-Einheit, so lange die Ehe dauert.

Sollte auch wirklich eine Ehe eingegangen werden, bei welcher sich ein Gatte oder beide Gatten vertragsmäßig die gänzliche Absonderung ihres Vermögens und Erwerbs vorbehalten haben, so wird doch immerhin in einer Richtung, nämlich im Verbrauch zum Lebensunterhalt eine Gemeinschaft stattfinden müssen, weil dieser durch die mit der Ehe untrennbar verbundene Lebensgemeinschaft bedingt ist, und der Mann vermöge des Wesens der Ehe immer berechtigt bleibt, von der Frau die ihrem Wirkungskreise entsprechenden Dienstleistungen zu fordern. Diese Dienste stellen aber immerhin einen Erwerb dar, welcher gemeinsam verbraucht wird.

Mit diesem Systeme, welches gewöhnlich Gütertrennung genannt wird, und auch als das gemeinrechtliche bezeichnet werden mag, weil es aus dem römischen Rechte stammt, pflegt die Bestellung eines Heirathsgutes verbunden zu werden, deren Nutzgenuß lediglich dem Manne zur Erleichterung der Ehelasten gegeben wird. Das Dotalrecht kann nun allerdings in Verbindung mit dem Güterstande der partikularen Errungenschaftsgemeinschaft vorkommen, es hat aber dann keinen weiteren Sinn, als die Sicherung der Vorrechte der Frau an ihrem Heirathsgut, weil das Heirathsgut in Bezug auf die Ehe im gegebenen Falle mit dem übrigen Zubringen der Frau gleichsteht, indem auch letzteres zur Bestreitung der Ehelasten dient, und der Verwaltung des Mannes unterworfen ist.

Das Dotalrecht ist daher in Verbindung mit der Errungenschaftsgemeinschaft eigentlich etwas Unmögliches, da der Nießbrauch an der dos doch nicht dem Manne, sondern der Gemeinschaft zufließt.

Nach Aufstellung dieses Begriffes der Errungenschaftsgemeinschaft des M. L. R. hat nun die Behandlung der einzelnen Fragen auch die Aufgabe, darzulegen, daß jene Regeln in dem Institute auch wirklich ausgeprägt sind.

§ 69.

Verschiedene Kategorien der Ehegüter und deren Natur im Allgemeinen.

1) Bezüglich der ersten Ehe der beiden Gatten gehört zu den Ehegütern: a) das Sondergut des Mannes sowohl als jenes der Frau,

weil das Vermögen beider Gatten Gegenstand des ehlichen Nutzgenusses ist, sohin dem Gebrauche nach den Ehezwecken dient abgesehen davon, daß es auch nach Tit. IV. des M. L. R. unter gewissen Verhältnissen selbst rücksichtlich seiner Substanz für die Lasten der Ehe haftbar gemacht werden kann;— Zubringen —; b) der Ertrag aus den beiderseitigen Arbeitskräften und dem beiderseitigen Vermögen — Errungenschaft —.

Durch Tit. III. § 1 ist angedeutet, daß diese beiden Vermögensarten erst bei erfolgender Abtheilung wieder ausgeschieden werden können. Bezüglich der Errungenschaft liegt dieses an und für sich schon in der Natur der Sache, denn diese ist ein im Voraus, also während der Ehe resp. vor der Abtheilung nach Größe und Gegenständen (quantitativ und qualitativ) nicht bestimmbarer Vermögenstheil, welcher nach seinen einzelnen Bestandtheilen erst nach Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Gatten oder durch Ehescheidung seiner Substanz nach aus dem übrigen Vermögen der beiden Gatten losgetrennt, und seinem Werthe nach berechnet werden kann.

Bei Eingehung der Ehe ist dieser Theil der Ehegüter noch gar nicht vorhanden, er wächst erst im Verlauf der ehlichen Wirthschaft meistens aus nur kleinen Theilen, und aus verschiedenen Anlässen allmählich heran, und läßt daher nicht einmal einen periodischen rechnerischen Abschluß zu. Während der Ehe ist er überdieß nach dem Verhältnisse von Gewinn und Ertrag zum Bedarf und Verbrauch in steter Zunahme oder Abnahme begriffen, und es leuchtet daher ein, daß während des Laufes der Ehe ein bestimmter Antheil an der Errungenschaft Seitens des einen oder anderen Ehegenossen sich von dem übrigen Vermögen nicht ausscheiden, seiner Eigenschaft nach sich nicht bestimmen, noch seiner Quantität und Qualität nach berechnen läßt, daß damit aber auch jede Verfügung des einen oder anderen Gatten über seinen vermeintlichen Antheil sozusagen während der Ehe rechtlich und faktisch unmöglich wird, soweit es nicht Ehezwecke betrifft, indem außer diesem Bereiche höchstens wie über eine Hoffnung nur ganz im Allgemeinen verfügt werden könnte. Dazu läßt sich im Voraus nicht einmal mit einiger Sicherheit bestimmen, ob einem oder dem anderen Ehegatten überhaupt daran ein Antheil zukommen wird, oder nicht. Es hängt dieses von den verschiedensten Voraussetzungen ab, welche Gegenstand der Betrachtung unter Tit. IV. des M. L. R. sein werden.

Durch die Vermischung der gemeinschaftlich, nicht blos vom Ehemanne, sondern beiderseits erarbeiteten und ersparten Errungenschaft in ein ungetrenntes Ganzes steht daran nur dem Ehemanne, wie bei dem Condominium nur dem Direktor der Gesellschaft im Namen dieser, nicht aber den einzelnen Theilhabern ein Verfügungsrecht zu. Denn in der Einwerfung des Vermögens der Einzelnen in die Gemeinschaft liegt von selbst eine Entäußerung der Verwaltung zum Besten des Condominats, jedoch mit der Anwartschaft auf dereinstige verhältnißmäßige Antheilnahme an Gewinn oder Verlust.

Es ist somit jeder besondere Antheil der Ehegatten während der Ehe an der Errungenschaft undenkbar. (Schweppe, röm. Priv. Recht § 234.)

Ein ähnliches Verhältniß besteht bezüglich des beiderseitigen Eheeinbringens. Mit dem Beginne der Ehe wird es den Ehezwecken

in der Hand des Verwalters (des Ehemannes) dienstbar, es sind davon nicht allein die Renten und Abnutzungen, sondern auch die Substanz selbst nach den unter Tit. IV. gegebenen Regeln verwendbar, und es kann daher sofort nach Beginn der Ehe auch ein Verbrauch des Grundstockes zu Ehezwecken stattfinden. Wenn nun die Errungenschaft während der Ehe nicht von dem übrigen Vermögen ohne förmliche Abtheilung ausgeschieden werden kann, so kann ebensowenig das letztere von der Errungenschaft ohne Be- und Abrechnung getrennt werden.

Durch diese Theilung erhalten die einzelnen Gatten (oder deren Kinder jure repraesentationis) ihr Zubringen (soweit es noch vorhanden ist), und den Schwert- oder Rockentheil des Errungenen. (M. L. R. Tit. III. § 1.)

2) Begibt sich nun der überlebende Gatte in eine weitere Ehe, so bringt er dorthin (vorbehaltlich abändernder Verträge) als Einbringen Alles, was er eigenthümlich, sei es aus erster Ehe (sein Illat mit Errungenschaftsantheil erster Ehe) besitzt, oder was er im Wittwenstand weiter durch Erbschaft oder vom Nutzgenuß an dem Vermögen seiner erstehlichen Kinder erworben hat. Alles dieses bildet als Besitzstand vor der zweiten Ehe sein Illat zweiter Ehe. An dem Vermögen, welches den Kindern erster Ehe erbschaftlich von dem zuerst verstorbenen parens zugefallen ist, bringt er nur den Nutzgenuß bis zur Versorgung dieser Kinder in die zweite Ehe (M. L. R. Tit. VII. § 4), es sind jedoch daraus die Vorkinder zu erziehen, und nur der Ueberschuß fällt als Erwerb in die zweite Ehe. Stirbt vor der Versorgung der Vorkinder deren letzter leiblicher Elterntheil, so ist der Fall einer gänzlichen Abtheilung eingetreten, weil die Vorkinder alsdann durch keine Bande mehr mit dem übrig gebliebenen Stief-parens zusammenhängen, es sei denn eine Einkindschaft abgeschlossen worden.

Die Vorkinder haben alsdann das Erbtheil ihres früher verstorbenen und ihres letztverstorbenen parens zu fordern. Ein solches Vorkind ist in keiner Beziehung verbunden, die Vermögensgemeinschaft mit seinem Stiefparens fortzusetzen, selbst wenn man von dem Grundsatze einer fortgesetzten Gütergemeinschaft des leiblichen parens mit seinen Kindern ausgehen wollte, jedes Vorkind ist vielmehr berechtigt, den ihm gebührenden Erbtheil am Vermögen seiner beiden leiblichen Eltern zu fordern, wovon ihm der Erbtheil des erstverstorbenen parens allerdings schon mit des letzteren Tod rechtlich zustand —; denn die Vorkinder haben auch nach dem Tode des letzten leiblichen parens an einer Errungenschaft dieser zweiten Ehe künftig nichts mehr zu fordern. (M. L. R. Tit. VI. § 5 Tit. VII. § 2, 3, 4, 5, 9).

Diese Bestimmungen des M. L. R. können für den Stiefvater die Verweigerung der Abtheilung durch Inventur, und der Vermögensherausgabe, sowie den Anspruch des Fortgenusses an dem Einbringen und der Errungenschaft seiner verstorbenen Frau nicht begründen, indem sie von den Rechten und Verbindlichkeiten des Ueberlebenden der beiden leiblichen Eltern in Bezug auf das Vermögen des Erstverstorbenen resp. der von ihm hinterlassenen Kinder handeln; in dem gegebenen Falle sind aber beide leibliche Eltern, um deren Vermögen es sich fragt, bereits mit Tod abgegangen, und das in erster Ehe erzeugte Kinde ist Doppelwaise (§ 172). — (A. G. E. vom 3. August 1854. Nr. 308.)

Hiernach stellen die Ehegüter drei verschiedene Massen dar, nämlich
das Einbringen des Mannes,
das Einbringen der Frau,
die Errungenschaft,
wozu noch im Falle einer zweiten Ehe das Vermögen der Vorkinder als eine Unterabtheilung der Errungenschaft, wegen des in dieselbe fließenden Nutzgenusses aus jenem Vermögen der Vorkinder, gerechnet werden mag.

Während der Ehe sind diese drei Massen gegen Außen verbunden; sie lößen sich erst mit Abtheilung der Ehe in die jedem Gatten gebührenden Theile auf.

§ 70.

A. Das Zubringen.

Zum Zubringen der beiden Gatten rechnet das M. L. R. Tit. III. § 2 Alles, was entweder ein Gatte vor dem Ehestand bereits an Gütern gehabt, oder auch während der Ehe für sich besonders, also aus einem nur mit seiner Person allein verbundenen Rechtstitel: durch Erbschaft, Legat, Schenkung von Todeswegen erlangt hat, und zu der Ehe bringt [1]). Diese Rechtstitel sind offenbar nur beispielsweise angeführt, indem es auch noch andere Erwerbsarten gibt, welche vermöge ihrer Natur nur die Person des betreffenden einen Gatten berühren; der Nachdruck und das unterscheidende Moment muß also in den Worten des Gesetzes „für sich absonderlich erlanget hat" und in dem Gegensatze zu der Definition der Errungenschaft gefunden werden, da sich beide einander gegenüber gestellt sind, und einander gegenseitig begrenzen.

Zubringen steht daher außerdem noch im Verhältniß zum Errungenen, wie die im Gesetze gebrauchten Worte „erlangen", d. h. etwas ohne besondere Thätigkeit erhalten (wie dieses z. B. bei Erbschaften, Schenkungen 2c. der Fall sein kann), zu den Worten „erwerben und ersparen", d. h. mit Arbeit und Fleiß verdienen, oder aus den Früchten des Vermögens und den Erträgnissen der Arbeit zurücklegen und aufbewahren.

Das in Tit. III. § 2 gebrauchte Wort „Güter" könnte zu der Annahme Veranlassung geben, daß darunter nur Liegenschaften verstanden seien, daß also die Mobilien nicht zum Zubringen zu rechnen seien, und folglich absolut unter den Begriff der Errungenschaft fallen müßten [2]).

---

[1]) Ein auf das Einbringen des ganzen Vermögens gerichteter Gesellschaftsvertrag begreift in der Regel, d. h. wenn nichts Besonderes verabredet wurde, nur das beim Abschlusse des Vertrages vorhandene Separatvermögen des Gesellschafters; nur der Einfluß des Ehebandes rechtfertigt die Ausdehnung auf das künftige Vermögen mit Einschluß von Schenkungen, Erbschaften u. dergl. Erwerbungen. (Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für Bayern, zu § 539 S. 171.)

[2]) Nach einzelnen Statutarrechten gehören die Mobilien ohne Unterschied, ob sie von einem Gatten in die Ehe gebracht wurden, oder während der Ehe erworben sind, zur Gemeinschaft, und fallen dadurch dem überlebenden Gatten zu. Es liegt darin der Gedanke, daß das Mobiliar als eine gemeinschaftliche Masse angesehen, also eine Gemeinschaft derselben vorhanden sein soll, z. B. Solmser L. R. Tit. 28 § 5. 6.

Der Satz, daß alles bewegliche Vermögen, ohne Rücksicht darauf, woher dasselbe kommt, in die Gemeinschaft gehört, ist überhaupt aus dem gesetzlichen Boden des fränkischen Rechtes entstanden, welchem auch die rheinischen Statute im Allgemeinen entsprossen sind.

Allein nirgends im Gesetze ist dazu ein Anhaltspunkt gegeben. Es wäre dann überhaupt in vielen Ehen, deren Einbringen nur in Kapitalien besteht, sich also lediglich auf Mobilien beschränkt, ein Zubringen gar nicht möglich.

Ueberdies hat auch das Gesetz gerade an jener entscheidenden Stelle, wo es sich um die Verfügungsrechte des Mannes über das Zubringen der Frau handelt, dem Worte „Güter“ in der Eigenschaft des Zubringens die Bezeichnung liegende Güter ausdrücklich beigesetzt, so daß also kein Zweifel darüber bestehen kann, das Gesetz habe in Tit. III. § 2 unter dem Begriffe „Güter“ überhaupt alle Werthe oder Gegenstände von Werth verstanden, welche zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse anerkannt brauchbar sind.

Alles Einbringen behält jeder Gatte für sich, aber nur im nackten Eigenthum, und an diesem Sondergut hat die Gemeinschaft im Allgemeinen die nämlichen Rechte wie ein Nutznießer, sie bezieht also alle Früchte, welche diese Güter während der Ehe hervorbringen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der eine Gatte mehr in die Ehe bringt, als der andere, und die Wirkungen der Errungenschaftsgemeinschaft äußern sich erst bei ihrem Ende. In diesem Sinne könnte man sagen, die Gütergemeinschaft entstehe erst in dem Augenblick, wo das Gesetz sagt, sie endige sich, weil dann erst ihr Ergebniß zu Tag tritt, und bis dahin wenn nicht das Eigenthum, doch die Verwaltung dem Manne zustehe. (Zachariä, franz. Civ.-R. § 503 not.)

Allein auch die Frau vermag der Gemeinschaft Verpflichtungen aufzulegen, und wenn auch der Mann der Herr der Gesellschaft ist, so läßt sich doch dieser Satz mit dem Miteigenthum der beiden Eheleute an dem Gemeingut recht wohl vereinigen. (§ 68 a.)

Es ist nun zu untersuchen, welche Vermögensbestandtheile nach ihrer Substanz Eigenthum des einen oder andern Gatten bleiben, und zu dem Zugebrachten zu rechnen sind.

Außer den für beide Ehegatten in gleichem Maße geltenden, oben schon erwähnten Regeln, ist namentlich zu dem Zubringen, also auch „zur Verlassenschaft“ [1]) der Frau zu rechnen (M. L. R. Tit. III. § 6)

---

[1]) Der in Tit. III. § 6 gebrauchte Ausdruck „zu der Frauen Zubringen oder Verlassenschaft werden gerechnet“ könnte zu der Auffassung Veranlassung bieten, daß „Zubringen“ und „Verlassenschaft“ gleich bedeutend seien, folglich nur das Zubringen, nicht aber auch der Errungenschaftsantheil zu dem Nachlaß zu rechnen seien. Diese Gesetzesstelle könnte dann, auf Tit. VIII. § 10 und Tit. I. § 2 des M. L. R. bezogen, dahin ausgelegt werden, daß nur das Zubringen bei Berechnung des Kindstheiles der zweiten Ehefrau in Anschlag zu bringen sei, und dem Manne rücksichtlich seines Errungenschaftsantheiles bei Zuwendungen in Testamenten freie Hand bleibe. Allein es kann in Tit. III. § 6 „Zubringen“ nur im Gegensatz zu dem Gemeingut der Errungenschaftsmasse gebraucht, und dadurch angedeutet sein, daß die vom Manne der Frau gemachten Geschenke deren Separateigenthum werden, und daher auch zu ihrer Verlassenschaft gehören, resp. einen Theil der Verlassenschaft der Frau ausmachen. Es beweist dieses besonders noch das Wort „gezählt“, d. h. diese Geschenke des Mannes ꝛc. werden dem Sondergute der Frau bei der Abtheilung hinzugerechnet, sie sind ebensowenig das ganze Zubringen, als das Zubringen die ganze Verlassenschaft der Frau. Aus dieser Gesetzesstelle kann daher auch kein Beweis für die weitere Annahme abgeleitet werden, daß nach dem Tode des einen Gatten nur sein Zubringen als Verlassenschaft auf die Kinder vererbt werde, und daß sofort an der Errungenschaftsmasse mit den Kindern die Gemeinschaft fortgesetzt werde.

deren Brautschatz, Kleinodien, hochzeitliche und andere Kleider, sowie geringe und standesgemäße Schenkungen, welche sie vom Manne, d. h. aus dessen Vermögen empfangen hat.

Hiemit ist zugleich die Frage entschieden, ob überhaupt Schenkungen unter Eheleuten zulässig seien, denn wenn nur geringe Geschenke, deren Betrag überdieß dem Ermessen des Richters anheim gegeben ist, dem Zubringen, resp. dem Separatvermögen angehören können, so müssen alle sonstigen Schenkungen unter Eheleuten verboten sein. Wollte man annehmen, größere Schenkungen würden in die Errungenschaft fließen, so wäre damit doch das Mittel gegeben, dem andern Gatten durch den ihm an solchen Geschenken gebührenden Errungenschaftsantheil wenigstens einen Theil des Geschenkten zuzuwenden, und dieser Theil könnte möglicherweise ein sehr bedeutender werden.

Das M. L. R. folgt hierin dem gemeinen Rechte, welches in l. 1 D. (24 1) Schenkungen zwischen den Eheleuten verbietet, damit sie nicht durch verstellte (mutuato) Liebe sich gegenseitig berauben sollen. Obgleich nun in l. 25 C. (5. 16) weiter festgesetzt ist, daß Schenkungen durch das Stillschweigen des Geschenkgebers Bestätigung erhalten, sofern sie den bestimmten Betrag (von 500 Solidi Nov. 162 cap. 1 § 2) nicht übersteigen, so kann doch diese Erweiterung der Befugnisse auf das M. L. R. keine Anwendung finden, weil der „bestimmte Betrag" sich nach Tit. III. § 6 nur auf die kleinen Geschenke 2c. beschränkt, und diese Gesetzesstelle keinen Sinn hätte, wenn man das gemeine Recht benützen dürfte, um die Anordnung des L. R. zu umgehen [1]).

Gegenseitige Schenkungen vor der Ehe sind unter diesem Verbot nicht begriffen.

Nachdem die Ausscheidung von Zubringen und Errungenschaft für die Abtheilung des Ehevermögens von der größten Wichtigkeit ist, rechtfertigt sich ein genaues Eingehen auf die einschlagenden Fragen und Controversen.

Der ganze Stoff läßt sich mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Gesetzes in drei Hauptarten des Zubringens eintheilen, nämlich: 1) in die Vermögensbestandtheile, welche schon vor der Ehe Eigenthum des Gatten waren; 2) in jene, welche es erst nach dem Eheabschluß geworden sind; 3) in die Veränderungen, welche an beiden Vermögensbestandtheilen erfolgt sind.

---

[1]) Was die Schenkung unter Ehegatten betrifft, so geht aus Tit. III. § 6 hervor, daß das M. L. R. dem römischen Rechte folgend (l. 5 § 8—12 l. 8. 9. 25. l. 32 § 14 l. 5. 13—15 D. (24. 1), nur jene Geschenke gestattet, wodurch der Beschenkte nicht reicher, der Geber nicht ärmer wird, und welche entweder wieder in die Haushaltung selbst fließen, oder in Kleinigkeiten bestehen, welche wie z. B. „Neujahr- oder Angebind-Geschenke" herkömmlich und den Vermögensverhältnissen entsprechend sind.

Aus der Aufzählung der zulässigen Geschenke geht hervor, daß das M. L R. alle nicht erwähnten geradezu verbietet, und daher strenger ist, als das römische Recht, welches nur die Verweigerung des Versprochenen, und die Rückforderung des Gegebenen gestattet, jedoch die Geschenke durch den Tod des Gebers gültig werden läßt, wenn er nicht widerrufen hat. Das M. L. R. entfernt sich in diesen Anordnungen von den deutschen Gewohnheiten, in welchen gegenseitige sog. Vergebungen namentlich zwischen kinderlosen Ehegatten in großem Umfange gebräuchlich waren. (Sandhaas, fränk. ehl. Güterrecht S. 95 ff.)

§ 71.

1) Einbringen aus der Zeit vor der Ehe.

Zu dieser Art des Zubringens gehört Alles, was ein Gatte vor dem Ehestand an Gütern gehabt hat (M. L. R. Tit. III. § 1). Erwähnt ist bereits, daß unter Gütern nicht blos Liegenschaften, sondern alle Werthe verstanden werden müssen, welche zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse brauchbar sind. Dabei ist es gleichgültig, ob sie diese Brauchbarkeit schon zur Zeit der Eingehung der Ehe hatten, oder sie erst später, sei es voraussichtlich oder zufällig erlangen. Es gehören zu den Gütern also nicht blos Sachen, sondern auch Verhältnisse zu Personen oder Sachen, mithin auch Rechte und Verbindlichkeiten.

Der Inbegriff dieser Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten ist das Vermögen, welches, sobald es aus der Zeit vor der Ehe einem Gatten gehört, unbedingt als sein Zubringen resp. Eigenthum zu betrachten ist. Erlangen solche Vermögenstheile erst später ihre Brauchbarkeit, so sind sie wenigstens als Rechtstitel beim Eheabschluß vorhanden; und tritt jene Brauchbarkeit ohne weitere Thätigkeit Seitens des einen oder anderen, oder beider Gatten während der Ehe hervor, so kann auch von einem Erringen (Errungenschaft) dieses Vermögenstheiles keine Rede sein, sondern er ist sofort etwas Zugebrachtes. Dieses zugebrachte Vermögen wird nun Gegenstand des ehlichen Nutzgenusses, es finden daher auch die Grundsätze des Nutzgenusses insoferne Anwendung, als dadurch dem Eigenthümer des Nießbrauchsobjectes Vortheile erwachsen, z. B. durch Tragung der auf der Substanz ruhenden Lasten, der Kapitalzinsen und der Ausbesserungen zum Zwecke des Unterhaltes, mit welchen auch die Sache selbst verbessert werden kann. Die Hauptschuld und die Hauptausbesserungen, soweit solche zur Erhaltung der Sache dienen, ruhen dagegen auf dem Eigenthümer der Sache; werden diese aus den Früchten (d. h. aus der ehlichen Errungenschaft) bestritten, so bleibt dem Nutznießer (der Gemeinschaft) eine Forderung auf Ersatz, soweit die Sache durch seine Handlung besser geworden ist, oder der Nutzen den Aufwand bei Aufhören des Nutzgenusses (Trennung der Ehe) noch nicht ersetzt hat. Weigert sich aber der Nutznießer die auf dem Objekt haftenden Schulden zu zahlen oder die Hauptbesserungen zu bestreiten, so werden im ersten Falle die Nießbrauchsobjekte zu verwerthen sein, im andern Falle geht das Nießbrauchsobjekt zu Grunde, und in beiden Fällen verliert der Nießbraucher die Früchte, der Eigenthümer aber das Objekt.

Aus diesen Sätzen — aus dem Eigenthum, dem Erwerbstitel und den Consequenzen des Nießbrauchs — lassen sich nun folgende Sätze aufstellen und begründen:

a) Zu den eigenen Gütern der Eheleute gehören die, welche sie am Tage der Heirath besessen haben, und welche bei der Auflösung der Ehe noch in Natur oder in einem Ersatz vorhanden sind, selbst dann, wenn bei dem Eheabschluß der Uebergang jener Güter in das Eigenthum der Gatten noch von zufälligen oder aufschiebenden Bedingungen abhängig war, weil eine erfüllte Bedingung rückwärts bis zu dem Tage wirkt, an welchem sie gesetzt wurde. l. 8. 144 D, (50. 17.)

Hätte z. B. ein Gatte vor der Ehe ein Gut von einem Minderjährigen an sich gebracht, und die Erwerbung wäre erst nach geschlossener

Ehe von dem indeß volljährig gewordenen Verkäufer genehmigt worden, so würde diese Liegenschaft Eigenthum des betreffenden Gatten sein; ebenso jenes Gut, welches ein Gatte zwar ohne Rechtstitel besessen, solches aber während der Ehe durch Verjährung erworben hat. (Pothier, Lehre von den Verbindlichkeiten § 154. 185.)

b) Zu dem Einbringen gehören jene Güter, in deren Besitz ein Gatte in Folge eines vor der Ehe schon begründeten Klagerechtes gelangt ist. Hat demnach ein Gatte vor der Ehe ein Gut mit dem Vorbehalte des Wiederkaufsrechtes veräußert, und solches während der Ehe kraft dieses Rechtes wieder an sich gebracht, oder hat der Gatte ein vor der Ehe veräußertes Gut während der Ehe in Folge einer von ihm angestellten Klage auf Aufhebung des Kaufes wieder an sich gebracht, so ist dieses Gut sein Eigenthum. (Zachariä, franz. Civ. R. Bd. III. S. 166. 167.)

c) Stellt der Verkäufer eines von einem Gatten vor der Ehe erworbenen Gutes während der Ehe eine Verkürzungsklage, und der betreffende Gatte leistet Entschädigung, so bleibt das Gut sein Eigenthum.

d) Macht ein Dritter auf das Gut eines Gatten während der Ehe Eigenthumsansprüche, und dieser findet sich deßhalb mit jenem ab, so ist das Gut Eigenthum des betreffenden Gatten, jedoch nur dann, wenn er das Eigenthumsrecht des Dritten auf dieses Gut nicht anerkannt hat, in welchem Falle die Abfindung als ein Kauf zu betrachten sein würde, und das Gut der Gemeinschaft zufallen müßte.

e) Güter, welche ein Gatte von seinen Eltern und Ahnen erhalten hat, um ihn für eine Schuld zu befriedigen, oder um Schulden des genannten Verwandten bei Dritteren zu berichtigen, sind Eigenthum dieses Ehegatten.

f) Hat der Gatte während der Ehe ein Gut entweder durch Kauf oder Theilung ganz an sich gebracht, in welchem er vor der Ehe mit Anderen in ungetheilter Gemeinschaft stand, so wird dieses Gut Eigenthum des betreffenden Gatten.

Hieran schließt sich die Frage, was Rechtens sei, wenn einer der Gatten während der Ehe seine Eltern beerbt, und in der Erbtheilung ein bestimmtes Gut im Preisanschlag erhält, den er den Miterben entweder aus Mitteln der Errungenschaft, oder mit Geldern des anderen Gatten bezahlen muß. Dafür, daß dieses Gut der Errungenschaft zugehöre, scheint zu sprechen, daß Alles, was aus gemeinschaftlichem Gelde, oder während der Ehe auch nur von einem Gatten angeschafft wird, zur Gemeinschaft gehört (M. L. R. Tit. III. § 5), daß dadurch die beiden Eheleute als die eigentlichen Erwerber erscheinen, daß ferner das um einen bestimmten Preis übernommene, und während der Ehe bezahlte Gut als ein erkauftes, folglich unter einem onerosen Titel erworbenes zu betrachten ist.

Allein demungeachtet ist ein solches Gut, vorbehaltlich des Ersatzes des aufgewendeten Kaufpreises an die Errungenschaft, oder an den anderen Gatten, als ein Zubringen zu betrachten, weil es nach dem M. L. R. eine ausgemachte Sache ist, daß nur dasjenige zur Errungenschaft gezogen wird, was durch Fleiß oder Arbeit des einen oder anderen Gatten, sei es mittelst Kaufes, Tausches, Miethe, Kunst oder Handwerk gewonnen wird, somit jede andere Erwerbung, welche vor der Ehe (in

Erbrechten ꝛc.) ihren Grund hat, nicht zur Gemeinschaft kommt. (Ernst dissert. de communione acquestus ex statut. civitatis Moguntin. recepta cap. III. sect. I. § 1 p. 18. — Erk. des Stadtg. zu Mainz. J. S. Makowitzky gegen Makowitzky. — Bopp, Beiträge Bd. I. S. 149. — Itzstein, dissert. de Mogunt. statut. success. conjug. § 18.)

Würde aber der Ehemann als Verwalter der Ehegüter und nicht gemeinschaftlich mit seiner Frau ein Gut erworben haben, welches diese mit Andern vor der Ehe ungetheilt besaß, so steht der Frau oder deren Erben nach Auflösung der Gütergemeinschaft das Recht zu, dieses Gut entweder an sich zu ziehen, oder der Gemeinschaft zu überlassen. Der Mann wird dann dieses Gut, wenn es eine Liegenschaft ist, während der Ehe weder veräußern, noch verpfänden können, weil sie nicht als eine errungenschaftliche Liegenschaft betrachtet werden darf.

g) Besteht das Einbrigen eines Gatten in der Nutznießung eines Gutes, welche Nutznießung während der Dauer der Gütergemeinschaft abgekauft wurde, und der Kaufpreis steht noch aus, so entsteht die Frage, ob der Drittere von dessen Leben die Nutznießung abhängig war, bei Auflösung der Gütergemeinschaft todt war, oder nicht.

War dieser Drittere gestorben, oder es war die Nutznießung von dem Leben desjenigen Gatten abhängig, durch dessen Tod die Gütergemeinschaft aufgelöst worden ist, so gehört der ausstehende Kaufpreis der Gemeinschaft, weil eben die Früchte des Nutzgenusses mit der Errungenschaftsgemeinschaft oder schon vor deren Ende aufgehört haben, und an die Stelle dieser Früchte die Abkaufssumme getreten ist, welche nunmehr gleich den Renten des Nießbrauchs in die Gemeinschaft fällt. Im andern Falle ist jedoch der Kaufpreis Eigenthum der betreffenden Gatten, es wird jedoch der Zins dieses Kaufpreises als jährlicher Ertrag des früheren Nießbrauches der Gemeinschaft auf solange zu Gut gerechnet, als die Errungenschaft die Renten des Nießbrauches genossen haben würde, wenn letzterer nicht abgelöst worden wäre. (Zachariä, fr. C. R. Bd. III. § 511).

h) Leibrenten, welche entweder vor der Ehe begründet waren, oder eine unentgeltliche Ursache haben, dann die Nutznießung kraft elterlichen oder ehlichen Rechtes, gehören als Rechte, gleich wie alle Rechte, welche der Person eines Gatten allein zustehen, zum eigenen Vermögen desselben.

Der Ertrag dieser Rechte fällt aber während der Dauer der Ehe in die Gemeinschaft.

i) Ferner gehören zum Sondergut alle Sondergutssachen, welche zwar veräußert, aber wegen Ungültigkeit der Veräußerung wieder zurückerworben wurden, l. 10 D. (20. 6), denn es wird dieser Fall in den Gesetzen nicht als eine neue Erwerbung, sondern als eine Rückkehr der Sache zu ihrem Ursprung erachtet. l. 18 C. (5. 3.)

k) Ebenso Gegenstände, welche aus dem gewaltsamen Besitze eines Andern zurückgelangen, oder durch Restitution erworben werden, l. 17 D. (43. 16) l. 24 § 4 D. (4. 4).

l) Gegenstände, welche einer der Gatten während der durch den anderen Theil verschuldeten Ehetrennung erworben hat. (Garsias de conjug. acquestu nr. 52.)

m) Lehen, welche während der Ehe erworben werden. (G. Reizer, diss. de comm. acquest. inter. conjug. cap. I. § 4.)

§ 72.

2) Einbringen, welches während der Ehe entstanden ist.

Hierher rechnet das Gesetz Alles, was ein Gatte aus einem nur seine Person betreffenden Rechtstitel erhalten hat, vor Allem Erbschaften, Legate und Schenkungen auf den Todesfall. Aus dem Begriffe der Errungenschaft ist ergänzend hinzuzufügen, daß das auf diese Weise angefallene Vermögen nicht durch Fleiß, Arbeit, Sparsamkeit ꝛc. verdient worden sein darf.

Ist in einer solchen Erbschaft ein Recht enthalten, so wird der Erbe auch Eigenthümer dieses Rechtes. Erwirbt er damit eine Sache, so wird er selbst und nicht die Gemeinschaft, Eigenthümer dieser Sache, und zwar so, als ob er gleich vom Anfall der Erbschaft an die Sache selbst gehabt hätte nach dem Grundsatze: qui actionem habet, rem ipsam habere videtur.

Was die Schenkungen betrifft, so könnte man, da das L. R. Tit. III. § 2 nur Schenkungen von Todeswegen als Gegenstand des Zubringens benennt, per argumentum a contrario schließen, daß Schenkungen unter Lebenden, wenn sie während der Ehe gemacht werden, zu der Errungenschaft zu rechnen seien. Von mehreren Rechtslehrern wird dieses auch behauptet, weil gewöhnliche Schenkungen der Acceptation bedürfen, und in dieser ein Erwerb liegen soll, welcher immerhin einer Thätigkeit gleich zu achten sei.

Wenn man übrigens die Bestimmungen des gemeinen Rechtes zu Hülfe nimmt (l. 8 D. [17. 2] Quaestus intelligitur, qui ex opera descendit), und die vom L. R. Tit. III. § 3 gebrauchten Worte, „mit Handeln gewinnen, mit Arbeit oder Dienst erwerben“, berücksichtigt, wird man sich schwer der Ansicht zuneigen können, daß unter der blosen Annahme einer Schenkung ein Erwerb zu verstehen sei. Soferne daher Schenkungen auf bloser Freigebigkeit beruhen, enthalten sie einen Gewinn der ehlichen Gemeinschaft durch Arbeit nicht, sondern sie gehören um so mehr zu dem Zubringen des Beschenkten, als auch nach Tit. III. § 6 des M. L. R. kleine Geschenke des Ehemannes an seine Frau zu deren Zubringen resp. Separatvermögen gerechnet werden sollen.

Anders verhält es sich jedoch mit remuneratorischen Schenkungen oder mit Schenkungen mit einem ausgesprochenen Grund oder Zweck.

Wenn gleich das Remuneratorische der Schenkung mit in dem Willensakte des Schenkers liegt, weil er aus freiem Willen und ohne Verbindlichkeit gibt, so ging doch der Schenkung eine Thätigkeit des einen oder anderen, oder beider Gatten voraus, welche durch die Schenkung belohnt werden soll; die Veranlassung der Schenkung liegt also in einer Handlung, und bewirkt, daß die Gabe in die Errungenschaft fällt, wenn sie eine Thätigkeit während der Ehe zur Grundlage hat, oder daß sie Eigenthum des betreffenden Gatten wird, wenn die Ursache der Schenkung in seiner Thätigkeit vor der Ehe gelegen ist. (Erk. des Rev.-G. von 1773. J. S. Klunkert gegen Hofmann. — Erk. des Rev.-G. vom 3. April 1775. J. S. Hofheim gegen Will. — Erk. des Rev.-G. vom 15. Dezember 1779. J. S. Nebel gegen Nebel.)

Auch die Frankf. Ref. rechnet einfache Schenkungen zum Illat. (Thl. V. Tit. V. § 3.) Es kann dieses auch nach M. L. R. nicht

banstandet werden, da die blose Erwähnung der Schenkung von Todeswegen in Tit. III. § 2 den im Gesetze nicht ausgedrückten Fall einer einfachen Schenkung nicht ausschließt.

Zu einer Schenkung mit bestimmtem Zweck sind jene Gaben zu rechnen, welche die Eltern ihren verehlichten Kindern während ihres Ehestandes zukommen lassen, und wobei von Seiten der schenkenden Eltern keine dereinstige Einwerfung (Collation) befohlen wird. Diese Schenkungen werden angesehen, als ob sie zur Erleichterung des Ehestandes und zum Verbrauche in der Ehe gegeben seien, und sind daher dem Zubringen des einen oder anderen Gatten nicht beizurechnen. (Erk. des Rev.-G. vom 3. April 1775. J. S. Hofheim gegen Will.)

Durch diese Geschenke wird das Ehevermögen nur insoweit vermehrt, als durch ihre Vernutzung der sonstige Verbrauch der Ehegüter erspart wird. (Bl. für R. A. Bd. XVII. S. 113.)

Bezüglich der Hochzeitsgeschenke Dritterer streitet die Vermuthung dafür, daß sie in Absicht auf die Ehe gemacht werden, und daher beiden Gatten zu gut kommen sollen. Sie sind daher der Errungenschaft in solange beizuzählen, als nicht der ausgesprochene Wille, oder die aus Umständen zu folgernde Absicht des Gebers annehmen läßt, daß sie blos dem einen Gatten gegeben wurden. Es verordnet dieses das Würtemb. L. R. Thl III. Tit. 7. Thl. IV. § 14. Auch gemeinrechtlich wird dieses so angenommen. (Mittermaier, d. P. R. § 397.)

§ 73.

3) Veränderungen, welche während der Ehe an beiden Kategorien des Einbringens entstehen.

Veränderungen, welche an dem Zubringen oder Separatvermögen der Gatten entstehen, sind entweder Vermehrungen oder Verringerungen. In beiden Fällen entstehen sie entweder aus Zufall, ohne Thätigkeit der Gatten und durch den blosen Einfluß des nutznießlichen Gebrauches, oder durch gemeinsame oder einseitige Einwirkung der Gatten selbst.

I. Zufällige Vermehrungen oder Entwerthungen, oder auch Abnutzungen durch den gemeinschaftlichen nutznießlichen Gebrauch treffen als Accessorium (nach dem Grundsatze accessorium sequitur suum principale) immer den Eigenthümer der Sache. Was die Abnutzung oder gänzliche Verzehrung der Sache betrifft, so folgt dieses insbesondere noch aus den Gesetzen über den Nießbrauch. — Gegenstände, welche nicht gebraucht werden können, ohne gleichzeitig verzehrt zu werden, z. B. Geld, Getreide, Getränke ꝛc. werden angesehen, als ob sie in das Eigenthum des Nießbrauchers, also in das Eigenthum der Gütergemeinschaft übergehen, und ihr Verbrauch fällt daher auch unbedingt der Gemeinschaft zur Last, weil er auch ihr allein zu gut kommt. § 2 J. (2. 4)[1].

---

[1]) Es ergibt sich von selbst, daß durch den Uebergang des Objektes des Sondergutes in die Gemeinschaft, also z. B. des Geldes, der Früchte ꝛc., der betreffende Gatte dadurch seinen Anspruch auf volle Vergütung aus der Gemeinschaft nicht verliert, daß er sich daher nicht wegen dieses Ueberganges mit seinem errungenschaftlichen Antheile daran begnügen muß. Das entstandene Rechtsverhältniß hat nur den Sinn, daß fortan Gewinn und Verlust der Gemeinschaft zukommt.

Objekte dagegen, welche durch den Gebrauch nach und nach entwerthet werden, z. B. Hausgeräthe, brauchen nur in dem Zustande, in welchem sie nach dem Nießbrauch noch vorhanden sind, dem Eigenthümer zurückgegeben zu werden, der Verlust durch Abnutzung trifft also den Eigenthümer, weil er sie in der Absicht, den Nutzen daran gemeinschaftlich zu machen, zur Gemeinschaft übergeben hat. (Erk. des Rev.=G. vom 30. Juni 1802. J. S. Kinkel gegen Kinkel. — M. L. R. Tit. III. § 3. — l. 9 § 3 D. (7. 9) [1]).

Ein anderes Verhältniß entsteht jedoch bezüglich solcher Objekte, wenn sie um einen bestimmten Preis verkaufsweise (M. L. R. Tit XXII. § 1 nr. 11) der Gemeinschaft übergeben wurden; in diesem Falle werden die übergebenen Güter Eigenthum der Gemeinschaft, das Separatgut verändert sich aber rücksichtlich des Eigenthümers (des übergebenden Gatten) in einen Geldbetrag, welcher, nach der ersteren Regel über die durch Gebrauch absolut verzehrt werdenden Sachen, aus der Errungenschaft ersetzt werden muß. (Erk. des Rev.=G. vom 12. September 1794. J. S. Schell gegen Filsinger.)

Die Rechtsparömie „Frauengut gewinnt und verliert nicht", nach welcher der Ehemann das Separatvermögen der Frau nach dem Werthe ersetzen kann und ersetzen muß, welchen es zur Zeit des Einbringens in die Ehe hatte, ist nur von partikularrechtlicher Geltung, d. h. dort anwendbar, wo es die Statute so anordnen.

Hiernach werden die Ehefrauen sicherer gehen, wenn sie ihr, aus den der Entwerthung durch Gebrauch ausgesetzten Gütern bestehendes Illat verkaufsweise einbringen. Sie können sich auch nur in diesen Fällen eine Hypothek des Mannes für den Verbrauch bestellen lassen, weil sie andernfalls Eigenthümer ihres Zubringens bleiben, und die Hypothek dann nur die Bedeutung einer Kaution wegen übler Verwaltung des Mannes haben kann, nicht aber auf vollen Ersatz ihres durch regelmäßigen Gebrauch entwertheten Zubringens ausgedehnt werden darf. (Lauterbach, consil. Tubing. 96 nr. 6 cons. 166 nr. 6. — Lauterbach, disp. de peric. rer. illat. in conj. soc. illat. § 49 § 94 nr. 14.)

II. Auf Veränderungen des Einbringens durch einseitige oder beiderseitige Thätigkeit der Gatten bezieht sich namentlich die Lehre von den Surrogaten.

Wird nämlich ein wirkliches Sondergut während der Ehe veräußert, und dafür ein anderes Objekt angeschafft, so fragt es sich, ob letzteres zu dem Sondergut, oder zu dem ehlichen Erwerb zu rechnen ist. Diese Frage ist nicht nur in der gemeinrechtlichen Literatur, sondern auch in der Praxis des M. L. R. seit seiner Einführung controvers.

Wenn man von dem Satze ausgeht, daß der Erwerb und die dafür gegebene Gegenleistung (z. B. Kauf und Verkauf), namentlich wenn sie zu verschiedenen Zeiten geschehen, zwei verschiedene Rechtsgeschäfte sind, so wäre die Antwort ohne besonderes Bedenken. Man würde die

---

[1]) Nach einer allerdings häufigen, aber, wie der Verfasser annimmt, unbegründeten, und mit den gemeinrechtlichen Regeln des Nießbrauchs nicht übereinstimmenden Praxis, werden allgemein die zugebrachten, aber durch Gebrauch während der Ehe entweder ganz verzehrten oder theilweise entwertheten Mobilien bei der Theilung dem zubringenden Ehegatten nach dem Werthe zur Zeit des Einbringens ersetzt.

Erwerbung eines Vermögensstückes, und dasjenige, was einen Dritten bewegt, die Erwerbung geschehen zu lassen, nämlich die Gegenleistung, als zwei isolirt gedachte Dinge auffassen, wie sie es auch sein können, aber nicht gerade sein müssen, da sie, wie beim Tausch, in ein Rechtsgeschäft zusammenfallen können. In dieser Voraussetzung, und da die Erwerbung während der Ehe geschieht, müßte der Gegenstand derselben als eine Errungenschaft angesehen werden; was dagegen geleistet oder fortgegeben wird, wäre dabei für das Wesen und die Folgen des Erwerbes nicht entscheidend. Wäre nun ein Sondergut, natürlich mit Einwilligung des Gatten, dem es zugehört, hingegeben, so würde dieser Vorgang an jenem Erwerb und dessen eigentlicher Bedeutung, an seinem Charakter als Erwerb, durchaus nichts ändern. Jener Umstand könnte höchstens einen Anspruch auf Vergütung geben, der aber nicht gegen die speziell erworbene Sache, sondern gegen die ganze Masse der Gemeinschaft zu richten wäre [1]).

Nach dieser Ansicht denke man den Fall: es werde das Illat eines Ehetheiles mit dessen Einwilligung veräußert, so geht allerdings ein Theil seines Sondergutes aus der Ehe verloren, der abgängige Werth desselben erscheint dagegen als eine Last des Ehevermögens, und muß aus der Errungenschaft vor Allem ersetzt werden. Das für das veräußerte Illat Erworbene fällt aber in die Errungenschaft, und dient also als Vermehrung der Errungenschaft, in demselben Maße auch zur Deckung der durch die Veräußerung des Illats entstandenen Ehelast. Wurde damit etwas erworben, so ist ein gutes Geschäft gemacht, und dem Ehemann gebühren von dem Gewinne $^2/_3$, der Frau $^1/_3$. Ist dadurch verloren worden, so geschah — könnte man annehmen — dieser Verlust mit Einwilligung des Eigenthümers, und es vertheilt sich der Verlust gleich wie der Gewinn.

Die ganze Bedeutung der Frage liegt also darin, ob dem Eigenthümer des veräußerten Sonderguts der ganze Gewinn oder Verlust zuzukommen hat, welcher durch die Gegenerwerbung entsteht, oder der Errungenschaftsgemeinschaft, an welcher jenem nur ein ideeller und eventueller Antheil gebührt, der ursprüngliche Eigenthümer also möglicherweise anstatt seines veräußerten Illates durch diese Manipulation gar nichts mehr, oder nur sehr wenig bekommen würde, wenn bei der Abtheilung gar keine Errungenschaft oder eine unbedeutende vorhanden ist [2]).

Dieser Ansicht schließen sich auch neuere Rechtslehrer an.

---

[1]) In diesem Sinne wurde durch ein Erkenntniß eines Untergerichtes vom 31. August 1797 und Erkenntniß des Hofgerichts vom 20. Juli 1798, J. S. Lutz gegen Lutz, dahin entschieden, daß ein während der zweiten Ehe aus dem weiblichen Einbringen gekauftes Haus als Errungenschaft zweiter Ehe, nicht als Einbringen der zweiten Frau, sofort auch nicht als Surrogat des Heirathsgutes oder Zubringens anzusehen sei, daß ferner ebensowenig die von der Ehefrau eingebrachten Grundstücke bei der Abtheilung in dem dermaligen höheren, sondern nach dem früheren Preise in das Zubringen zu ersetzen seien, so daß das Zubringen der zweiten Frau aus der Errungenschaft zu ersetzen sei, und die Frau an dem Rest der Errungenschaft $^1/_3$ zu erhalten habe. Von der Frau wurde in jener Rechtssache geltend gemacht, eine in die Ehe gebrachte Sache (hier wurde sie indeß während der Ehe verkauft) werde nie, ihr Werth möge steigen oder fallen, errungenschaftlich, denn dieses treffe wie ein Glück oder Unglück lediglich den Eigenthümer. Nur der während der Ehe gemachte Industrial-Erwerb gehöre zur Errungenschaft, das für das verkaufte Illat Angeschaffte sei ein Surrogat des Letzteren.

[2]) J. S. Hinckel gegen Hinckel wurde in drei Instanzen, nämlich durch das Amt Vilbel am 11. April 1799, durch das Hofgericht am 16. Juli 1801 und das

Eichhorn, d. P. R. § 313, faßt die Sache in diesem Sinne auf, will jedoch im Allgemeinen die Entscheidung von dem Willen des

Rev.-G. vom 30. Juni 1802 gleichförmig entschieden, daß das gegen ein Illat eingetauschte Haus als Errungenschaft jener Ehe zu betrachten sei, in welcher der Tausch geschah. Der oberste Gerichtshof hat in dem erwähnten Erkenntniß seiner Entscheidung folgende Gründe unterstellt: „Nach der allgemeinen Lehre von demjenigen, was für Errungen zu halten, oder nicht, sei es ganz unzweifelhaft, daß nur der steigende oder fallende Zeitwerth einer individuellen Patrimonialsache unter den Eheleuten nicht communicirt werde, sondern Sondergut sei."

Gleicher Ausspruch erfolgte in dem Erkenntnisse des Hofgerichtes, J. S. Fries gegen Söller, mit dem Beisatze: „Es gehöre daher auch das Angekaufte oder Erworbene, jedoch nach Abzug des Eingebrachten, zu der Gütergemeinschaft; hier sei aber eben die Frage, ob der Tausch eine erworbene Sache mache."

Nach M. L. R. Tit. IV. § 3 u. 5 gehöre Alles zu dem Erworbenen (Acquäst) was in stehender Ehe mit Handeln erworben werde. Das allgemeine Wort Handeln könne hier den Tausch als einen Handelszweig nicht ausschließen. Nach gemeinem Rechte müsse, wenn eine veräußerte Sache durch eine andere so ersetzt werden solle, daß sie der ersteren rechtliche Natur annimmt, ein besonderer Grund vorhanden sein, dieser sei aber in den Gesetzen nur in besonderen Fällen statuirt.

Die Gesetze sagten nämlich, daß eine durch des Gläubigers Geld erworbene Sache nicht dem Gläubiger gehöre, der Erlös einer gestohlenen Sache sei kein gestohlenes Geld. Aliud res est, aliud pretium, et mutata forma interimit substantiam rei. — l. 9 § 3 D. ad exhib. (10. 4.)

Die Verwandlung der Form sei also schon hinreichend, der Sache eine andere Rechtsanwendung zu geben, wie viel mehr müsse dieses zutreffen, wenn die Sache selbst gänzlich verwechselt worden sei.

Die Ausnahmen, wo Sache für Preis, und Preis für Sache gelte, seien bekannt: a) bei Allgemeinheiten der Sachen und Rechte, weil diese keine definitive Grenzen hätten; b) beim Ankauf vom Gelde der Minderjährigen durch den Vormund; c) bei Geldern der Kirchen, Soldaten des Heirathsgutes 2c.

Rechtsprivilegien dieser Art dürften keine Ausdehnung erleiden, es werde dadurch vielmehr die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestätigt.

In der Natur des Tauschvertrages liege kein Grund zur Ausnahme, indem dabei eine Sache pleno jure veräußert und eine andere ebenso erworben werde. l. 2 D. (19. 4) sage „permutatio vicina est emtioni, vicem emtionis obtinet." § 2 J. (3. 24) halte zwar den Tausch für einen besonderen Vertrag, setze aber bei „vulgo dicebatur permutatione rerum emtionem venditionem contrahi". — Scherer (Lehre von der ehl. Gütergemeinschaft) sage Thl. III. § 21b: daß die Güter, welche die Ehleute miteinander gekauft, oder auf andere vertauscht haben, — das Geld dazu, oder das vertauschte Stück möge gemeinschaftlich, oder nur einem Gatten allein zuständig gewesen sein — zur Errungenschaft gehören, und daß nur der Werth des verwendeten Illates zu ersetzen sei.

Es scheine zwar eine gewisse natürliche Billigkeit gegen diese Auffassung zu sprechen, wenn der Eigenthümer des veräußerten Illates den allein durch Zeitverhältnisse gestiegenen Werth desselben verlieren, und den erhöhten Preis des eingetauschten Objektes mit seinem Gatten theilen sollte; allein sobald jemand sein Zubringen veräußere, vertausche 2c., gehe eine besondere Industrie vor, wobei die Ehenahrung (Gemeinschaft) sich nicht mehr passiv verhalte. Wenn der Tausch unglücklich ausfalle, müsse ja auch der andere Gatte den Schaden mittragen, wodurch sich die Sache ausgleiche.

In einem Erkenntniß des Hofgerichtes vom 14. September 1801, J. S. Hindel gegen Hindel ist dieselbe Rechtsansicht verfochten, aus folgenden Gründen: „Da bekanntlich 1) im gemeinen Recht nur bei den rebus universalibus die Rechtsregel gilt: surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est, da 2) ebenso bekanntlich gemeinrechtlich nur zwei universitates jurium, nämlich hereditas et peculium existiren, da 3) der Tit. III. § 2 u. 5 des M. L. R. angewendet werden muß, wonach der vorkommende Ausdruck, „Erhandeln" als ein genereller für alle onerosen Erwerbsarten, und am meisten für Tauschen verstanden wird, wobei Sache für Sache gegeben wird, der § 5 überdieß dem § 2 entgegengesetzt ist, wonach das, was ein Ehetheil während der Ehe durch Erbschaft, Legat 2c. also titulo lucrativo erhält, für Illat erkannt wird, so ist diesem Allem vorgängig kein Zweifel, daß auch das, was von einem Ehetheile durante matrimonio ertauscht wird, pro acquaestu gehalten, somit auch in gegenwärtigem Falle das mit dem Illat der Frau eingetauschte Haus als Errungenschaft dieser Ehe betrachtet werden muß."

Erwerbers abhängig machen, und läßt die Vermuthung für die Errungenschaft streiten, welche Vermuthung auch das M. L. R. Tit. I. § 8 und Tit. III. § 4 aber wohl in einem anderen Sinne aufstellt.

Die gegentheilige Ansicht wird von vielen älteren und neueren Rechtsgelehrten vertreten. Einen Mittelweg nimmt an Wesel, de connubiali bonorum societate, indem er T. 2. c. 2 nr. 55 sagt: quid ergo, si maritus fundum patrimonialem uxoris stante matrimonio permutaverit cum alio? Et siquidem ejusdem naturae fundi fuerint, recte a doctoribus responsum est, uxoris esse: quod enim ea permutatione capitur, per surrogationem ingreditur et subit naturam rei datae.

Diese Auffassung ist auch in dem Würtemb. L. R. niedergelegt, Thl. IV. Tit. 4, wornach das Eingetauschte jedenfalls, das von dem Erlös aus einem verkauften Illat Erkaufte aber nur dann im Zweifel als surrogirt angesehen wird, wenn es mit dem Verkauften von derselben Art ist [1]).

Wird die Tragweite des Unterschiedes zwischen Zubringen und Acquest gehörig erwogen, so streitet auch gewiß nach dem Satze: „nemo suum jactare praesumitur" die Billigkeit schon dafür, daß ein Gatte sein Eigenthum nicht werde hingeben wollen, um ungewisse Hoffnungen dafür zu erhalten.

---

[1]) Heeser, de acquestu conjugali P. II. l. 18 nr. 244 pag. 580: „Res permutata cum alterius ex conjugibus re patrimoniali in communionem non venit, nec quaestus jure censetur; sed per subrogationem ingreditur, et habet naturam rei permutatae."

Lauterbach, de societate bonorum conjugali cap. IV. § 6 nr. 1: „Aliud obtinet, si maritus vel uxor res proprias constante matrimonio cum alia re permutaverit, tunc enim res, illa permutatione parata, utut constante matrimonio fuit acquisita ad hanc societatis speciem non pertinet, nec quaestus jure censetur, sed ei tantum quaesita est, pro cujus re permutata fuit. Subrogatur enim in locum rei permutatae, ejusque subit naturam."

Lang, von der Gemeinschaft der Güter, Hptst. IV. § 4 S. 128: „Gleiche Bewandtniß hat es mit einem constante matrimonio gegen einen fundum matrimonialem eingetauschten andern fundo. Dieser eingetauschte fundus ist pro surrogato des vertauschten anzusehen, surrogatum enim sapit naturam ejus, in cujus locum est surrogatum; folglich ist dieser eingetauschte fundus ebenfalls pro fundo patrimoniali zu halten, und als Acquest nimmermehr zu referiren."

Pfizer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bei einem Gantprozeß, Thl. I. § 114 nr. 3. „Alles, was für solche Sachen, welche einem Ehegatten ausschließlich zugehören, während der Ehe eingetauscht wird, gehört, weil man das Eingetauschte als ein Surrogat für Dasjenige, was dagegen hingegeben wird, zu dem ausschließlichen Eigenthum des vertauschenden Gatten.

Ebenso findet sich die Ansicht vertheidigt, daß nichts darauf ankomme, ob bei dem Tausch eine Geldaufgabe vorkommt, und diese selbst den Werth der hingegebenen Sache überwiegt, wenn nur die Absicht des Tausches klar ausgeprägt ist, indem dann jenem Gatten, welchem an der vertauschten Sache kein Eigenthum zugestanden, dadurch an der eingetauschten auch kein solches erworben wird, sondern nur die Geldaufgabe, welche aus dem gemeinschaftlichen Vermögen entnommen ist, bei der Trennung der Ehe wieder dorthin zurückfließt. Heeser, l. c. nr. 246. — Wesel, l. c. nr. 60. 59. — Lang, l. c. — l. 1. 2 D. (19. 1).

Wesel, l. c. nr. 59: „Ceterum adeo permutatio novam acquisitionis causam non continet, ut si fundus cum fundo permutatus sit, sed cum ad justam alterius aestimationem aliquid deesset, datum sit supplementum pretii, alter conjux partem rei praetendere nequeat, pro rata pecuniae, quod enim supplementi nomine datur, naturam contractus principalis accedit, ideoque in ejus naturam transgreditur."

Selbst die ertheilte Zustimmung des Eigenthümers zu einer solchen Veräußerung kann nicht unbedingt dahin gedeutet werden, daß dem Rechtsgeschäfte eine weiter als das Gesetz gehende Bedeutung beigelegt werden wollte, wenn nicht die ausdrückliche Erklärung hinzutritt, daß das Privateigenthum (Illat) in ein gemeinschaftliches (Acquest) verwandelt werden solle. Ohne diese Erklärung tritt die eingetauschte Sache immer an die Stelle der vertauschten, und wird also Privateigenthum desjenigen Gatten, der eine andere dafür hingegeben hat. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob der Tausch allein im Namen des Eigenthümers, oder im Namen beider Gatten geschlossen wurde, denn es würde gegen die Natur und das Wesen eines Tausches streiten, wenn eine Person (hier die Gemeinschaft), welche kein Eigenthum an der vertauschten Sache hatte, durch den Tausch ein Eigenthum an der eingetauschten Sache bekommen sollte, sie würde dadurch mit dem Schaden des Gatten bereichert werden.

Ebenso muß es in der Hauptsache gleichgültig sein, ob das eingetauschte Objekt mehr Werth hat, als das vertauschte, denn es wäre eine Anomalie, wenn man den durch Zufall oder die Zeitverhältnisse gesteigerten Werth einer Sache dem Eigenthümer, aber den Mehrwerth des dagegen eingetauschten Objektes dem gemeinschaftlichen Vermögen beirechnen wollte. Für diese Ansicht sprechen sich folgende Erkenntnisse der Mainzer Gerichte aus: Erk. des H.-G., J. S. Fries gegen Söller; Erk. des H.-G. vom 13. September 1779, J. S. Weidner gegen Creditores; Erk. des Rev.-G. vom 12. September 1794, J. S. Schell gegen Filsinger[1]).

Bei der Entscheidung dieser höchst wichtigen Frage ist man mehr auf die ausgesprochenen Prinzipien des M. L. R., als auf eine direkte Beantwortung angewiesen. Vor Allem ist festzuhalten, daß das Einbringen nach Tit. III. § 1 bei stattfindender Abtheilung, und ehe von einer Errungenschaft die Rede sein kann, dem betreffenden Gatten wieder zufallen soll, ferner daß in Consequenz dieses Verhältnisses nur die sachgemäßen Erträgnisse des zugebrachten Objektes dem Nutznießer, also der Gemeinschaft gehören. Hieraus ist auch der Sinn des Tit. III. § 5 zu erklären, daß unter dem Worte „Erhandeln" nur ein durch eine Thätigkeit erzielter Gewinn zu verstehen ist, nicht aber die Erlangung einer Sache, welche durch Hingabe einer anderen Sache in die Ehe kommt. Hieraus folgt dann auch die weitere Anordnung des § 5, daß wenn ein Gut, d. h. ein Werth auch nur von einem der Gatten während der Ehe erhandelt (d. h. durch Handeln ein Gewinn

---

[1]) In dem letzteren Erkenntnisse wird noch angeführt, daß ein vom Manne aus erster Ehe in die zweite Ehe eingebrachtes und mit dem Gelde der zweiten Ehefrau bezahltes Gut deßhalb noch kein spezifisches Surrogat des Vermögens der zweiten Ehefrau werde, weil der Kaufschilling oder das Geld zur Zahlung der auf dem Gute haftenden Lasten aus ihrem Vermögen entnommen ist, es müßten denn in den Ehepakten besondere Bestimmungen hierüber getroffen, oder sonst kein Vermögen vorhanden sein, womit das Illat der zweiten Frau (maternum) ausgeliefert werden könnte.

Es hängt dieses mit dem oben erörterten Satze zusammen, daß das in die Nutznießungsgemeinschaft gegebene Geld, als eine durch den Gebrauch absolut verzehrt werdende Sache für dessen Eigenthümer nur ein Recht auf Rückerstattung nach beendigtem Nießbrauch begründet, die damit angeschafften Objekte aber nicht sein Eigenthum werden.

gemacht wurde), dieser Gewinn, obgleich er nur von einem Gatten bewirkt worden ist, doch als Ergebniß des Ertrags seiner Arbeitskraft in die Gemeinschaft gehört. Dieser § 5 kann daher nur als Gegensatz zu § 3 aufgefaßt werden, insoferne letzterer von dem gemeinschaftlichen Erwerbe und von dem aus gemeinschaftlichem Fleiße beider Gatten erzielten Gewinne handelt.

Nicht das Aequivalent, also der Kaufpreis oder das Tauschobjekt, werden durch die Veräußerung gemeinschaftlich (vorausgesetzt, daß nicht die hingegebene Sache schon gemeinschaftlich war), sondern nur der durch die blose Thätigkeit beim Handeln erzielte Gewinn. In dem Worte: „Erhandeln" liegt auch schon nach dem Sprachgebrauche die Bedeutung eines vortheilhaften Handelns, und dieses verlangt auch das Gesetz, weil ein zufälliger Gewinn (z. B. durch steigenden Güterwerth) auch nicht der Gemeinschaft zufällt, sondern als Accessorium die Natur der Hauptsache annimmt, und sohin dem Eigenthümer gehört.

Hält man nun die Bestimmungen des Gesetzes Tit. III. § 3 fest, daß zur Errungenschaft nur dasjenige gehört, was als Frucht der beiden Faktoren der Errungenschaft — Arbeitskräfte und Separatgut der Gatten — betrachtet werden kann, so wird man sich leicht überzeugen, daß der Tausch unter diese Bestimmungen nicht gebracht werden kann, ohne das im M. L. R. angenommene Princip auf das Empfindlichste zu verletzen. Denn beim Tausch wird nicht die Abnutzung des zugebrachten Gutes, sondern das zugebrachte Gut selbst verwendet; dieses soll aber unter allen Umständen nach Tit. III. § 1 Eigenthum des zubringenden Gatten bleiben, soweit es seine Natur gestattet.

Von der Einwilligung eines Gatten, resp. von dem gemeinschaftlichen Abschlusse eines solchen Tauschvertrages durch beide Gatten, kann auch weder geschlossen werden, daß der Eigenthümer des hingegebenen Objektes zu einer Umwandlung seines Privateigenthums in ein Gemeinschaftsgut zugestimmt, noch daß der andere Gatte dieses gewollt habe. Denn beide Gatten sind, je nachdem das Geschäft günstig oder unvortheilhaft ausfällt, in verschiedener Weise dabei betheiligt. Während nämlich der Eigenthümer ein Interesse hat, sein Eigenthum nicht zu verlieren, hat der andere Gatte vermöge der Errungenschaftsgemeinschaft oder vermöge des gemeinschaftlichen Nutzgenusses einen Anspruch auf die Erträgnisse des weggegebenen Objektes nach Schwert- oder Rockentheil, und daher um so mehr ein Interesse, daß das eingebrachte Gut nicht in ein weniger rentables oder sogar schädliches verwandelt werde, da er in gleichem Maße wie an dem Gewinn auch an den Eheschulden betheiligt ist.

Vermöge dieser beiderseitigen Betheiligung der Gatten muß ihre Zustimmung zu einem die Ehegüter betreffenden Rechtsgeschäfte strenge ausgelegt werden, und die Bewilligung einer blosen Vertauschung kann daher nicht auf die Genehmigung der Umwandlung eines privativen Illates in ein Gemeingut ausgedehnt werden.

Ist freilich zu der Umwandlung des Zubringens in ein Gemeingut die beiderseitige Genehmigung der Gatten erfolgt, dann gilt allerdings der Grundsatz volenti non fit injuria. Daß durch eine Tauschaufgabe der Ersatz entweder der Gemeinschaft oder jenem Gatten, aus dessen Vermögen sie entnommen wurde, vorbehalten bleibe, ist selbst-

verständliche Sache nach den Rechtsprincipien des Nießbrauches. (Mittermaier, d. P. R. § 408. — Maurenbrecher, d. P. R. Bd. II S. 647.)

Durch die Bezugnahme auf die römisch rechtlichen Bestimmungen über universitates kann in dieser Frage kein Beweis geführt werden, weil die Gütergemeinschaft eine Gesellschaft und keine universitas ist, man überdieß auch die Bestimmungen des M. L. R. für völlig klar erkennen muß. Nach den Regeln der Gesellschaft und des Nießbrauches kann aber kein Theilhaber sich aus der Substanz der Sache einen Vortheil verschaffen, weil dieses nur zum Nachtheile des anderen Gesellschafters möglich wäre. Die Verwendung der Substanz ist vielmehr nur im Interesse der Gesellschaft und zur Erfüllung der Gesellschaftszwecke möglich.

Ein anderes Rechtsverhältniß tritt aber ein, wenn das in der Ehe erworbene Grundstück mit eingebrachtem Gelde [1]) erkauft wurde.

Geld ist schon im Allgemeinen eine an und für sich vertretbare Sache, deren Substanz durch die Benutzung wechselt. Dazu kommt aber, daß nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen des Nießbrauchs der Nießbraucher, also die ehliche Gemeinschaft das eingebrachte Geld eigenthümlich erwirbt, und daher auch die damit angeschafften Sachen Eigenthum der Gesellschaft werden. Ein z. B. mit solchem Gelde erkauftes Haus gilt als Erwerb der Ehe, in welcher es erworben wurde, und auch der während der Ehe durch Zufall steigende Werth dieses Objektes geht der Gemeinschaft zu, weil er eine Folge des Kaufes, und zugleich eine Folge des während der Ehe vorgenommenen Handelns ist. (Tit. III. § 3). Diese Grundsätze sind nicht allein dem gemeinen Rechte l. 21 C. (4. 19) und dem M. L. R. gemäß, sondern auch die überwiegende Praxis hat sie adoptirt. (Erk. des H.-G. vom 4. Januar 1786 und 4. September 1787. J. S. Bickert gegen Pfeufer. — Erk. d. Rev.-G. vom 19. Februar 1794. J. S. Bickert gegen Pfeufer. — Erk. des Rev.-G. vom 12. September 1794. J. S. Schell gegen Filsinger. — Erk. des H.-G. J. S. Fries gegen Söller.) Auch die verwandten Statutarrechte stimmen hiemit überein. (Frankf. Reform. Thl. III. Tit. 6 [2]). — Wetzlarer Reform Tit. IV. § 6. — Trierer L. R. Tit. VI. § 32. — Nassau-Katzenellenbogen'sches L. R. Thl. IV. c. 9 § 4.)

Selbstverständlich ist es, daß für das verwendete eingebrachte Geld dem betreffenden Gatten ein Ersatzanspruch an die Gemeinschaft resp. den Mann als deren Verwalter verbleibt. (Erk. des O. A. G. vom 19. Juli 1864. Nr. 772⁶³/₆₄.)

---

[1]) Unter Geld ist nur eine wirkliche Baarschaft zu verstehen, nicht aber auf Zins bereits angelegte Kapitalien; denn Baargeld muß erst auf Zins ausgeliehen oder sonst verwendet werden, um es nutzbringend und den Ehezwecken dienlich zu machen, bei verzinslich hingeliehenen Kapitalien ist aber die Rente schon geschaffen, und es kann nichts entgegenstehen, daß der Kapitalstock Sondergut und dessen Zinsen oder Renten Eigenthum der Gemeinschaft seien.

[2]) Die alte Frankfurter Reformation von 1509 sagt hierüber fol. 24: „wo eins unter Eheleuten sein liegend Gut verkaufen oder veräußern und dasselbe Geld wieder an liegend Gut anlegen und verkaufen würde, so soll doch solches Gut nit gemein sein. Wo aber solch Geld nit wiederum angelegt, und doch dermaßen wiederum anzulegen geordnet und destinirt wäre, so lang dann solche Destination und Ordnung währet, soll solch Geld nit gemein geachtet werden, sondern des, daher es kommen, sein und blyben."

§ 74.

Ersatzforderungen an das Zubringen.

Eine wichtige Frage bilden die auf das Zubringen der Gatten während der Ehe gemachten Auslagen, oder die daran vorgenommenen Verbesserungen. Die Entscheidung muß sich darauf gründen, ob es Hauptausbesserungen waren, welche dem Eigenthümer zur Last bleiben, oder laufende Verwendungen, welche zur Benützung der Substanz dienen, und daher von dem Nutznießer (also von der Errungenschaft) zu bestreiten sind, weil sie in seinem Interesse geschehen.

Es ergeben sich aus diesen Grundsätzen nachstehende Folgerungen:

a) Steht bei der Abtheilung fest, welche Gegenstände dem einen oder anderen Gatten gehören, so sind die aus dem Gemeinschaftsvermögen dafür bestrittenen Kosten der Hauptausbesserungen, und jener Kosten, welche den Werth des Objektes erhöht haben, in Anschlag zu bringen, und der Gemeinschaft zu ersetzen. l. 7 D. (7. 1).

Hauptreparaturen sind jene der Hauptmauern und Gewölbe, Wiederherstellung der Balken und ganzer Dächer; ferner Wiederherstellung der Dämme und Mauern, worauf ein Gebäude ruht, sowie Wiederherstellung der Umfassungsmauern, soferne diese im Ganzen geschieht. (Art. 606 des Code Napoleon).

Kleinere Reparaturen fallen der Gemeinschaft zur Last, gleichwie solche auch der Miether zu bestreiten hat. Man versteht darunter jene Ausbesserungen, welche der Ortsgebrauch als solche anerkennt, z. B. an den Feuerheerden, Fenstern, am Bewurf der Mauern, Anstrich der Zimmer ꝛc. (art. 1754 des cod. Nap.) Bei Prüfung dieser Kosten ist zu untersuchen, ob die Hauptausbesserungen ganz, oder nur zum Theile nothwendig, und ob sie nicht eine Folge von vernachlässigter Unterhaltung waren, in welchem Falle sie der Gemeinschaft zur Last kommen.

Die Feststellung und der Ersatz dieser Kosten hat auch dann statt, wenn die Hauptausbesserungen sich nicht mehr vorfinden, oder wenn der Gegenstand, an welchem sie vorgenommen wurden, verkauft, vertauscht, verschenkt wurde, oder zu Grund gegangen ist, weil alle diese Verhältnisse die Ausgaben nicht ungeschehen machen, und den Eigenthümer der Sache von seiner Verbindlichkeit gegen die Gemeinschaft nicht befreien.

b) Sind an dem eigenthümlichen Objekte eines Gatten Verbesserungen vorgenommen, und die Kosten aus dem Gemeinschaftsvermögen bestritten worden, z. B. bei Häusern durch Einrichtungen, durch Erbauung eines neuen Stockwerkes ꝛc. ꝛc., bei Liegenschaften durch Anpflanzung einer bedeutenden Menge von Bäumen, durch Urbarmachung öder Plätze, so wird der dadurch entstandene Kostenbetrag abgeschätzt, und der Gemeinschaft zu gut gerechnet. Uebersteigen die Kosten dieser Verbesserungen den dadurch entstandenen Mehrwerth, so kömmt nur der Betrag des Mehrwerthes in Ersatz, weil der Mehrbetrag der Kosten einer falschen Speculation der Errungenschaftsgemeinschaft zuzuschreiben, von dieser verschuldet und daher zu tragen ist. Beläuft sich aber der Aufwand auf weniger, als der dadurch erzielte Mehrwerth des Objektes ausmacht, so werden nur die aufgewendeten Kosten ersetzt, der Mehrwerth möge sich belaufen, so hoch er wolle, weil der Mehrwerth des Objektes ein Accessorium der Hauptsache ist, und nur die Abnutzung des Mehrwerthes als ein Vortheil der Gemeinschaftsmasse erscheint. Die Vergrößerung des

Werthes der Sache über den Kostenaufwand ist anzusehen, als sei er aus der Sache selbst entstanden. Entwerthungen oder Werthsverringerungen eines Gutes durch Alter oder höhere Gewalt bleiben bei der Abtheilung unberücksichtiget, weil sie von dem Eigenthümer zu tragen sind; sind sie jedoch die Folge von vernachlässigter Unterhaltung oder Aufsicht, so wird der Minderwerth abgeschätzt und aus der Errungenschaft vergütet, jedoch nur soweit es die Güter der Frau betrifft. Der Mann hat den durch seine nachlässige Verwaltung sich zugefügten Schaden auf sich zu leiden. (Zachariä, Handb. des franz. Civ.-R. § 511 not. 14.)

Von Zugehörungen.

Zugehörungen nehmen den Charakter der Hauptsache an. (l. 49 D. [18. 1] l. 44 D. [21. 2] l. 12 § 6 D [33. 7].)

Es folgt daraus: a) Gebäude, Bäume, Gesträuche, Gartengewächse, Früchte, welche sich auf dem Illat eines Gatten befinden, sind dessen Eigenthum. Werden jedoch die Bäume und Früchte davon während der Ehe getrennt, so fallen sie in die Errungenschaft. (l. 44 D. [6. 1].) b) Werden Gegenstände von dem Eigenthümer eines Grundstückes zur Bewirthschaftung oder Nutzung dahin gebracht, so sind sie als Bestandtheile des Gutes, wozu sie verwendet werden, oder worauf sie sich befinden, anzusehen, z. B. das zum Ackerbau bestimmte Vieh, eine Schafheerde, welche zur Düngung gehalten wird, die nothwendigen Geräthschaften, der zur Bewirthschaftung nöthige Dünger und das Stroh, Fische in Teichen, das Wild in Thiergärten, das Saatkorn rc. rc. (l. 14—20 D. [19. 1] l. 1—29 D. [33. 7].)

Ebenso die zum Betriebe eines Geschäftes, wozu das Grundstück oder Gebäude eigens eingerichtet oder bestimmt ist (Realrecht), nothwendigen Geräthschaften. — Sind diese Fahrnisse jedoch aus der Errungenschaft angekauft worden, und werden sie wieder von dem Gebäude oder Geschäfte getrennt, so fallen sie auch wieder in die Errungenschaft.

Schlüßlich ist noch bezüglich des Eheeinbringens zu bemerken, daß es erforderlichen Falles nach Qualität und Quantität strenge zu beweisen ist, da die Vermuthung nicht für das Einbringen, sondern für die Errungenschaft streitet. (Erk. des Rev.-G. von 1774. — J. S. Lehne gegen Huberti.)

Insbesondere gilt dieses bei Eingehung einer weiteren Ehe, wegen der damit verbundenen Nachtheile (M. L. R. Tit. VIII. § 9 und 10) und wegen der auf die unterlassene Inventur gesetzten Strafe des Verlustes des Nießbrauches. (M. L. R. Tit. VII. § 7. — Erk. des H.-G. von 1775. J. S. Huck gegen Huck.)

§ 75.

B. Die Errungenschaft.

Die Errungenschaft oder der Eheerwerb besteht aus den Früchten der dem Nutzgenusse der Gatten dienenden beiden Faktoren, nämlich der Arbeitskräfte und des Separatvermögens der Gatten (Tit. III. § 3). Schon hieraus ergibt sich, daß das System des M. L. R. nicht die eigentlich partikulare G. G. des *blosen Erwerbes* im Auge hat, sondern der Regel nach das *ganze Vermögen* der Gatten umfaßt,

jedoch abweichend von der allgemeinen G. G. nebst dem Erwerb nicht das Eigenthum des Zubringens beider Gatten, sondern nur den umfassendsten Nutzgenuß jenes Zubringens an sich zieht. Durch das Wort „Errungenschaft" begreift auch die Theorie beide Arten des Ehegewinnes. Mag der eine oder andere Gatte, oder mögen beide Gatten gemeinschaftlich einen Verdienst während der Ehe gemacht haben, oder mag von dem Vermögen des einen oder anderen oder beider Gatten eine Rente geflossen sein, so gehört Alles dieses zu dem gemeinschaftlichen Vermögen (Ehenahrung). Errungenschaft wird aber dieser Gesammtertrag nach Tit. III. § 3 nur dann genannt, wenn davon bei der Abtheilung nach Abzug des beiderseitigeu Einbringens und der während der Ehe gemachten Schulden etwas übrig bleibt.

Die Gemeinschaft hat also im Allgemeinen die nämlichen Rechte an dem Sondergute der Ehegatten wie der Nutznießer, sie bezieht daher alle Früchte, welche diese Güter während der Ehe hervorbringen. Was diejenigen Früchte anbelangt, welche die Sondergüter vor der Trauung hervorgebracht haben, so kann die Gemeinschaft offenbar nicht als Nutznießerin ein Recht darauf haben, und sie in der Eigenschaft als Früchte beziehen, sondern sie gelangen nur, soweit sie noch vorhanden sind, etwa als Zubringen in den Bereich des Nutzgenusses. — Es ergibt sich bezüglich dieser Früchte insoferne eine Abweichung von dem Rechte des Nutznießers, als der betreffende Gatte ein Recht auf Ersatz der auf die bei Eingehung der Ehe noch ausstehenden Früchte gewendeten Kosten hat. Es liegt dieses in der Natur des Verhältnisses, weil diese Kosten, wenn sie noch nicht aufgewendet gewesen wären, als ein Sondergut des betreffenden Gatten in die Ehe gekommen sein würden, außerdem aber aus den Früchten selbst bezahlt werden müßten.

Negativ ausgedrückt ist Alles für errungen zu achten, was nicht von dem einen oder andern Gatten in die Ehe oder während der Ehe zugebracht wurde, weßhalb das M. L. R. Tit. III. § 3 die Regel aufstellt, daß Alles, was bei der Theilung nach Abzug der Lasten, d. h. der in die Ehe zusammengebrachten Güter und Schulden noch übrig ist, zu der Errungenschaft zu rechnen ist.

Der Antheil, welcher der Frau an diesem Gemeingut gebührt, entspringt gerade so wie jener des Mannes aus dem Rechtsgrunde, daß sie die Früchte ihres Vermögens, ihres Fleißes, ihrer Mühe und Geschicklichkeit gemeinschaftlich gemacht hat. Wurde von der Frau jedoch ausdrücklich nur [1]) ein Heirathsgut zugebracht, so geschah dieses als

---

[1]) Durch die Errungenschaftsgemeinschaft ist der durch Verträge zu bestimmende Besitz von Paraphernal- oder Receptizgütern der Frau nicht ausgeschlossen, und der Gewinn daraus fällt natürlich auch nur der Frau zu. Es ist in diesem Falle anzunehmen, sie habe soviel weniger Vermögen in die Ehe gebracht, als das Paraphernalgut beträgt. Hat die Frau aber ihr ganzes Vermögen, oder ihr ganzes Vermögen mit Ausnahme des Heirathsgutes als Paraphernalgut erklärt, so ist dadurch der getrennte Güterstand festgesetzt. Die Frau erscheint dann, wenn ein Geschäft auf ihre Rechnung durch den Mann als Mandatar geschlossen wurde, als domina negotii, weßhalb ihr alsdann auch allein Gewinn oder Verlust aus diesem ihr Separatvermögen betreffenden Geschäft zuwächst, und auch die Nutzung aus diesem Gewinn, z. B. Zinsen des damit angelegten Kapitales.

Wurde indeß ungeachtet des Ausschlusses der Güter von der Gemeinschaft doch die Errungenschaft bedungen, so wird mit Ausnahme der Abnutzung der Güter jeder andere Erwerb gemein; wurde ferner von der Frau bloß auf den Ehegewinn

Beitrag zur Erfüllung der dem Ehemann obliegenden Pflicht ihrer Ernährung, es besteht dann im Uebrigen ein getrennter Güterstand und die Frau hat keinen Anspruch auf das errungene Gut [1]).

Aus diesen Grundlagen folgen im Allgemeinen folgende Hauptsätze:

1) der gesetzliche Antheil der beiden Gatten zu Schwert- und Rockentheil [2]) beruht auf dem Rechte des Eigenthums, er hat daher weder die Natur eines Präcariums noch jene einer Ebschaft, hängt daher auch nicht von dem Willen des anderen Gatten ab, sondern er ist eine Eheschuld oder Ehelast, welche dem treffenden Gatten gebührt, so daß Alles, was betrüglich zur Verminderung oder Entziehung des Errungenschaftsantheiles unternommen wird, wirkungslos ist.

Jede Verschenkung oder Veräußerung eines Bestandtheiles der Errungenschaft unter dem wahren Werth, wenn es aus Liberalität einseitig von einem Gatten, oder in der Absicht geschieht, um die Errungenschaft zu verkürzen (§ 81 C. 1. b), begründet hiernach ein Klagrecht. Unter einer derartigen Veräußerung kann aber nur begriffen werden, was bereits erworben war, nicht aber das Ausschlagen einer deferirten Erbschaft, selbst wenn dieses von dem einen Gatten aus Haß &c. gegen den andern geschehen sein sollte.

2) Daß ein Legat, welches der eine Gatte dem andern hinterlassen hat, nicht von dessen Errungenschaftsantheil abgezogen werden kann, denn es läßt sich nicht annehmen, das jemanden etwas legirt werde, was demselben schon außerdem gebürt.

Aus demselben Grunde folgt, daß ein Gatte, welchem in dem Testament des andern Gatten ein Kindstheil vermacht ist, außer diesem Kindstheil auch seine Errungenschaftsrate anzusprechen hat; denn die

---

verzichtet, ihr Einbringen aber nicht als Paraphernalgut erklärt, so fällt dem Manne der Nutzen ihres Illates zu, weil er die Pflicht der Ernährung der Familie hat. (Erk. des Rev.-G. vom 24. September 1791. J. S. Müller gegen Müller.)

[1]) Bei einzelnen Statutarrechten, z. B. der Frankf. Reform. Thl. V. Tit. V. § 5 tritt eine Ausnahme bezüglich der Errungenschaft insoferne ein, als einer der Gatten ein besonderes Geschäft für sich hat, oder durch gesonderten Handel namhaften Gewinn erzielt. Der gesetzliche Güterstand des M. L. R. kennt diese Ausnahme jedoch nicht, da es jeden Erwerb sowohl aus den Gütern aller Art, seien es Liegenschaften, Schuldforderungen, Ausstände, als aus jeder einseitigen oder beiderseitigen Thätigkeit der Gatten in das Bereich der Errungenschaft aufnimmt.

Es gehören dazu auch der Verdienst des Mannes aus einem öffentlichen Amte, oder die Arbeit des Gelehrten, obgleich die Frau hiezu nichts beiträgt, gerade so wie die von Haus, Feldgütern, Kaufladen, Gewerbe &c. fallenden Zinsen und Einkünfte, sie mögen aus Dotal-, Paraphernalgütern, Peculien, Lehen, Majoraten, Morgengabe &c. herrühren. (A. G. E. vom 5. September 1863. Nr. 2183.

Der Einwand, daß der eine oder andere Gatte durch Fleiß und Sparsamkeit zum Erwerb nichts beigetragen habe, bewirkt daher den Ausschluß dieses Ehetheiles vom Antheil am Ehegewinn nicht; denn wenn auch der Rechtsgrund des Institutes mit auf der gemeinsamen Thätigkeit beider Eheleute beruht, so kommt doch nach Tit. III. § 5 auch das zur Gemeinschaft, was nur der eine Gatte erwirbt, und außerdem beruht ja auch der Ehegewinn auf dem Ertrage des beiderseitigen Zubringens. (O. A. G. E. vom 29. November 1854 Nr. 930 $^{53}/_{54}$.)

[2]) Den Grund für die ungleiche Bestimmung der Antheile der Gatten an der ehlichen Errungenschaft zu $^{2}/_{3}$ für den Mann und $^{1}/_{3}$ für die Frau wird man zu suchen haben in dem größeren Antheile des Mannes an dem Erringen, und was die natürlichen Früchte aus dem Zubringen betrifft, welche ebenfalls Quelle der Errungenschaft sind, in der ursprünglichen Ungleichheit der zugebrachten Güter der Gatten als natürliche Folge der erbrechtlichen Zurücksetzungen, denen die Weiber in älterer Zeit unterlagen. (Fränk. Güterrecht von Sandhaas, Gießen 1866. S. 94. 95.)

letztere fließt nicht aus dem Privatvermögen des Testators, sondern sie gehört zu dem Eigenthum jenes Gatten, welchem sie das Gesetz zuweist. Gleiches gilt rücksichtlich jenes Gatten, welcher zur weiteren Ehe schreitet, und den zweiten Ehegatten mit den Kindern der Vorehe in einen Kindstheil einsetzt.

3) Daß der überlebende Gatte bezüglich seines Errungenschaftsantheiles nicht als Erbe des Verstorbenen zu betrachten ist, daß somit auch die mit einer Erbschaft verbundenen Vortheile oder Lasten nicht auf den andern Gatten übergehen, und daß sich der eine oder andere Gatte der Errungenschaft nicht entschlagen kann, um die darauf ruhenden Schulden von sich abzuwenden [1]).

Nach Allem dem nähert sich das M. L. R. mit seinem gesetzlichen Güterstande in seinen Wirkungen während der Dauer der Ehe mehr der allgemeinen Gütergemeinschaft [2]), als dem Dotalsystem mit Gütertrennung, wenn gleich materiell eine allgemeine Gütergemeinschaft nicht besteht. Es beruht in Uebereinstimmung mit den Rechtsbüchern des Mittelalters auf dem Systeme der Gütereinheit [3]), nach welchem der Mann für die Dauer der Ehe als Haupt der Familie das ihm von der Frau bei Eingehung oder im Laufe der Ehe eingebrachte Vermögen mit dem seinigen vermengt, und behufs Befriedigung der ehlichen Bedürfnisse über die Nutzungen des Gesammtgutes zu verfügen hat, während nach Auflösung der Ehe, oder nach Erledigung des Beisitzes des überlebenden Gatten — im ersteren Falle schon rechtlich, im zweiten faktisch — das beiderseitige Vermögen in seine ursprünglichen Bestandttheile auseinanderfällt.

Im Einzelnen scheiden sich nun die errungenen Güter a) in solche, welche aus der Thätigkeit der Gatten entstehen, und b) in jene, welche als Früchte der dem Nutzgenuß unterworfenen Sondergüter zu betrachten sind.

Bei beiden Arten des Erwerbs ist es gleichgültig, ob er bei der Abtheilung noch in Natur vorhanden ist, oder durch Verwendung oder Vertauschung mit einer anderen Sache eine Veränderung erlitten hat, wenn nur der Einfluß dieses Erwerbes auf das Ehevermögen bei der Abtheilung, es mag sein, in welcher Gestalt es wolle, noch vorhanden ist, weil eben die Errungenschaft erst bei der Theilung nach M. L. R. Tit. III. § 1 und 3 ihre Wirkung äußern soll.

---

1) Mehrere Partikuarrechte kennen einen solchen Verzicht auf die Errungenschaft Seitens der Frau, z. B. die Frankf. Reform., das Würtemb. L. R., franz. Civ.-R. art. 1453 ff.

2) Dem Ehegut im eigentlichen Sinne, als dem Inbegriff der Illaten beider Gatten, nebst den durch Umsatz derselben ꝛc. hinzuerworbenen Objekten hat das gemeine Recht die ehliche Errungenschaft gegenüber gestellt, welche schon nach den ältesten fränkischen und westphälischen Gebräuchen den beiden Gatten gemeinsam war, so daß nach Aufhebung des ehlichen Verhältnisses eine Theilung desselben stattfand. Dieser Grundgedanke wirkt auch noch im heutigen Rechtsleben fort. In der allgemeinen und partikularen G. G. im eigentlichen Sinne ist er ohnehin s. z. s. stillschweigend enthalten, wie denn sogar angenommen werden darf, daß eben in jenem Princip hinsichtlich des errungenen Gutes der erste Anfang der allgemeinen G. G. zu suchen sei, indem höchst wahrscheinlich das übrige Vermögen der Gatten blos darum allmählich in die Gemeinschaft hineingezogen ward, weil man es als die eigentliche Betriebsquelle des gemeinsamen Erwerbes der Ehe betrachtete. Aber auch im Gütersonderungssystem hat sich diese allgemeine Idee Geltung verschafft, und sogar zu einem selbstständigen Rechtsinstitut der Errungenschaftsgemeinschaft ausgebildet." (Gengler, l. c. S. 1133.)

3) In einem Erkenntniß des Hofgerichts vom J. 1783, J. S. Volz gegen Volz wird der Güterstand nach M. L. R. eine confusio massae genannt.

Im Allgemeinen ist indeß diese Ausscheidung nicht genau durchführbar, weil auch errungenschaftliche Güter denkbar sind, welche ihren Ursprung einem gemeinsamen Einflusse jener beiden Faktoren verdanken.

Eine weitere Quelle der Errungenschaft liegt auch in der Bestimmung des Gesetzes Tit. III. § 4, daß Alles für errungenes Gut gehalten werden soll, bis bewiesen ist, was zugebracht wurde. Als Errungenschaft durch die Thätigkeit der Gatten kann unbedingt Alles angenommen werden, was der Mann durch sein Amt oder Gewerbe und Geschicklichkeit, die Frau durch ihre Kunst, ihren Fleiß und Sparsamkeit erworben hat. Weil aber die Ausgaben der Ehe zunächst nur auf dem Erwerb ruhen, ist es klar, daß nur das wirklich Errungenschaft ist, was von jener Thätigkeit bei der Theilung noch übrig ist. Der Satz, daß Errungenschaft vorhanden sein könne, wenn gleich die Einbuße sie übersteigt, würde daher ein sonderbares Resultat bei der Theilung geben, die Lasten der Ehe würden dann auf dem Zubringen, nicht aber auf dem Erwerbe ruhen. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Dezember 1774. J. S. Molitor gegen Schneid.)

Als Errungenschaft aus der Benützung des Separatvermögens ergeben sich nach den Regeln des Nutzgenusses:

1) Alle natürlichen und bürgerlichen Früchte, welche aus dem Vermögen des einen oder anderen Gatten durch regelmäßigen und gesetzmäßigen Gebrauch gezogen werden.

Früchte sind aber jene Gegenstände, welche eine Sache ihrer Bestimmung nach verschaffen muß, und die man entweder nach und nach aus der Sache, oder durch die Sache zieht; erstere werden natürliche, letztere bürgerliche Früchte genannt. Die natürlichen Früchte fallen in die Gemeinschaft durch die wirkliche Erhebung (Perception), sie werden also erst durch die Trennung von der Sache Eigenthum der Gemeinschaft; waren sie vor der Ehe getrennt, so bleiben sie Eigenthum des Herrn der Sache, als wenn sie erst nach der Ehe zur Ernte kommen. Im letzteren Falle sind jedoch die darauf gewendeten Kosten der Gemeinschaft zu erstatten, wenn sie daraus entnommen waren, so wie sie dem treffenden Gatten vergütet werden müssen, wenn die Früchte vor der Ehe gepflanzt, aber erst während der Ehe reif wurden.

Die bürgerlichen Früchte, z. B. Zinsen, Renten ꝛc. ꝛc. werden dagegen der Gemeinschaft gleich wie dem Nutznießer von Tag zu Tag, und nach Verhältniß der Dauer des Nutzgenusses erworben. Die Errungenschaftsgemeinschaft hat daher von einer Jahresrente, einem Mieth-Geld ꝛc. nur so viel anzusprechen, als auf die Tage ihrer Dauer trifft. Bei Pachtgeldern aus Liegenschaften ist aber nur die eigentliche Fruktifikationsperiode, als die Zeit des Ertrages zu Grund zu legen.

Die Gesetze rechnen auch die Schätze zu den Früchten, obgleich sie eigentlich nicht von der Sache hervorgebracht sind, wie ebenfalls die Steine, Metalle ꝛc. Ueberdieß sind Schätze bewegliche Sachen, und kein Accessorium der Grundstücke, weil letztere nur das Mittel ihrer Verbergung bilden, und das Eigenthum an Schätzen nicht durch das Eigenthum an dem sie verbergenden Grundstücke, sondern erst durch die Ergreifung gewonnen wird. Das Finden eines Schatzes bildet daher eine eigene Erwerbsart. Auch in dieser Hinsicht gehört sofort der während der Ehe gefundene Schatz zu der Errungenschaft. (l. 3 § 3 D. [41. 2].)

2) Zu der Gemeinschaft gehört ferner jener Betrag, um welchen ein Sondergut durch Fleiß oder aus Mitteln der Errungenschaft an Werth erhöht wurde. Dieser Mehrwerth ist zu schätzen, und als Zuwachs der Errungenschaft zu erachten.

3) Ebenfalls zur Errungenschaft gehört, was die Gatten während der Ehe erkauft haben, wenn dasselbe auch erst nach der Ehe, oder zwar während der Ehe aber mit dem eingebrachten Gelde eines Gatten bezahlt worden ist; denn der Kauf ist eine Thätigkeit, und das Gekaufte ein neuer Erwerb. Der aufgewendete Kaufpreis ist jener Masse zu ersetzen, aus welcher er entnommen wurde.

Wurde übrigens zum Ankauf resp. zur Erwerbung einer solchen neuen Sache ein Objekt aus dem Sondergut des einen Gatten in Natur verwendet, so gilt, was oben schon bezüglich der Surrogate gesagt ist. (§ 73 II.)

4) Aktivkapitalien, welche während der Ehe angelegt worden sind, sind als neuer Erwerb der Errungenschaft beizurechnen; es ist gleichgültig, ob sie aus baarem Zubringen oder aus Verwerthung oder Abnutzung eines Sondergutes oder auch aus dem Fleiße und Verdienst des Gatten entnommen sind, denn immerhin bestehen sie, oder werden sie mit baarem Gelde gemacht, welches, es sei in die Ehe gekommen, wie es wolle, Eigenthum der Gemeinschaft wird.

Eine Abweichung entsteht nur dann, wenn ein Illat gegen baar Geld verkauft, und von dem Eigenthümer jenes Illates zu dem Verkauf nur unter der Bedingung die Einwilligung gegeben wurde, daß der Baarerlös zu dem Ankauf eines Surrogates resp. Ersatzes verwendet werde; denn mit jener Bedingung ist dem Baarerlöse seine Verwendung vorgezeichnet. (Erk. des Rev.-G. vom 19. Februar 1794. J. S. Bickert gegen Pfeufer. — Erk. des Rev.-G. vom 12. September 1794. J. S. Schell gegen Filsinger. — Erk. des H.-G. vom 14. September 1801. J. S. Kinkel gegen Kinkel.)

Eine besondere Würdigung verdient noch die Frage, ob der Spielgewinn unter die Errungenschaft gehöre [1]).

Es wurde dieses hie und da bestritten, man wird aber die Frage bejahen müssen, wenn man erwägt, daß der Gewinn aus Lotterien oder Spielen der Ertrag eines Geschäftes ist, mag auch der Einsatz aus dem Sondergute entnommen sein, denn nicht der Einsatz, sondern die Handlung, das Glück oder die Geschicklichkeit des Spielers sind es, welche den Gewinn bewirken [2]).

Eine aus denselben Prinzipien zu entscheidende Frage ist jene, ob auch der Gewinn aus einem Anlehensloose zu der Errungenschaft zu rechnen sei. Betrachtet man diesen Gewinn, welcher sehr bedeutend sein kann, nur als Nutzung und erhöhte Zinsen des auf den Ankauf des

---

[1]) Es ist hier nur von erlaubten Spielen und Lotterien die Rede, weil nach Tit. IV. § 1 der Verlust aus unerlaubten und den Delikten gleich zu achtenden Spielen nur den einzelnen Gatten trifft, die Gesellschaft daher auch aus unerlaubten Spielen nicht bereichert werden kann. (Erk. des Stadtg. Mainz vom 16. März 1779. J. S. Nottal gegen Salz.)

[2]) Gerber, d. Pr. R. § 234. — Scherer, Gütergemeinschaft § 214, Gründlers Polemik § 57. — Seuffert's Archiv Bd. X. nr. 59. — Pfeufer, prakt. Ausführ. I. S. 82. Anderer Ansicht sind: Runde, d. P. R. § 77 S. 183. — Holzschuher, Theorie und Casuistik. Bd. I. S. 561. — Danz, Handb. des D. P. R. Bd. VII. § 610 S. 30.)

Looses etwa schon vor der Ehe verwendeten Kapitales, weil die Gewinne nach einer bestimmten Regel durch die nach und nach anwachsenden und zurückbehaltenen Zinsen gebildet werden, so wird wohl das Loos selbst als ein Illat, der Gewinn aber gleich jedem anderen Lotteriegewinn zur Errungenschaft zu rechnen sein. Allein Anlehensloose sind schon ihrer Natur nach von gewöhnlichen Lotterieloosen merklich verschieden. Während letztere nur und allein einen Werth in Bezug auf einen höchst unsicheren Gewinn haben, und einen Hoffnungskauf darstellen, vertreten Anlehensloose die sichere, und zu jeder Zeit verwerthbare Anwartschaft auf eine vom betreffenden Staat zurückzuzahlende Schuld, sobald der Schuldschein zur Verloosung gelangt. Lotterieloose haben, wenn sie bei der Ziehung nicht zu einem Gewinn gelangten, keinen Werth, Anlehensloose aber immer den Werth des Emissionspreises mit der Erhöhung eines mäßigen Zinses. Nebstdem gehört aber zu dem Werthe der Anlehensloose der durch Zufall darauf repartirte Gewinn. Als ein Ganzes mag der heimbezahlte Geldbetrag dem Staate gegenüber aufgefaßt werden, allein bezüglich der Errungenschaft ist darin die der Errungenschaft gebührende Zinsnutzung des Kapitales, und nebstdem noch der eigentliche Lotteriegewinn enthalten. Daß das Anlagekapital im gegebenen Fall, wo es vor der Ehe für das Loos hingegeben wurde, ein Illat bildet, kann keinem Bedenken unterliegen; die üblichen Zinsen gehören dagegen als die gewöhnliche Abnutzung in die Errungenschaft. Nach Abzug dieser beiden Bestandtheile verbleibt alsdann der wahre Gewinn, welcher eine Folge des von dem Käufer des Looses gemachten Geschäftes ist.

Wem gebührt aber nun der Gewinn, wenn das Lotterieloos oder das Anlehensloos vor der Ehe, oder in einer anderen Ehe gekauft wurde? Gewiß ist der Ankauf des Looses die Ursache des Gewinnes, das Loos wird aber nicht erst am Tage der Ziehung erworben, sondern am Tage des Einsatzes. An diesem Tage hat also auch die den Gewinn bedingende Thätigkeit stattgefunden, denn der Gewinn ist nur die Wirkung und der Ertrag des Looses. Der Gewinn fällt also jenem Gatten zu, welcher das Loos im ledigen Stande gekauft hat, oder der Errungenschaftsgemeinschaft jener Ehe, in welcher das Loos gekauft wurde. Ebenso verhält es sich mit allen Käufen, deren Gewinn vom Zufall oder einem späteren Ereigniß abhängig ist.

5) Ein von zwei Verlobten gemeinschaftlich erkauftes Gut ist nach der allgemeinen Praxis, da es mit Bezug auf die einzugehende Ehe erkauft wurde, in der Regel, und wenn deßfalls nicht besondere Bestimmungen getroffen werden, der ehlichen Errungenschaft, und nicht dem beiderseitigen Zubringen beizuzählen, es fällt daher der Mehrerlös durch veränderten Güterwerth dem Errungenschaftsgewinn nach Maßgabe der Regeln der Errungenschaftsgemeinschaft, und nicht nach Verhältniß der zum Einkaufspreis geleisteten Beiträge zu. (Seufferts Archiv, Bd. I., nr. 73.)

6) Ebenso, und noch weniger anomal dem Satze, „daß nur das während der Ehe Erworbene zur Gemeinschaft gehört“, gestaltet sich das Verhältniß, wenn, wie dieses häufig unter dem Bauernstande geschieht, die Eltern des einen oder anderen Verlobten den „neuangehenden Eheleuten“ ein Gut um einen Anschlag übergeben; denn hier wird der Kauf unter der Bedingung des Vollzuges der projektirten Ehe geschlossen, jedoch ist dann jedem Verlobten das, was es sich als Aussteuer an dem Uebergabspreise abrechnen darf, vorweg aus der Errungenschaft als Einbringen

zu ersetzen, gleichwie auch im vorigen Falle der von beiden Verlobten aufgewendete Kaufpreis einen Ersatzanspruch an die Errungenschaft bildet.

§ 76.

Ersatzforderungen an die Errungenschaft.

Bei der Abtheilung der Vermögensmasse ist es von großer Wichtigkeit, zu wissen, was an die Errungenschaft zu vergüten ist. Es gehört dazu Alles, was aus der Errungenschaft bestritten wurde, während es eigentlich von dem Separatvermögen der betreffenden Gatten hätte aufgewendet werden sollen, und was also zunächst nicht zu Ehezwecken nothwendig war, sondern zur Bereicherung des Zubringens der Gatten beigetragen hat.

Dahin gehört: 1) Alles, was zu Hauptausbesserungen und Anschaffung von Pertinenzstücken aus der Gemeinschaft aufgewendet wurde, z. B. bei Hütten- und Hammerwerken, Papiermühlen, Bierbrauereien, Branntweinbrennereien, Mahlmühlen, Gerbereien, Einrichtung von Kaufläden rc. rc., zur Erbauung von Gebäuden auf Grundstücken eines Gatten, Bepflanzung derselben mit Bäumen, Gesträuchen rc. rc., Anschaffung der Gutsinventare, Vieh, Bauereigeschirr rc. rc., vorausgesetzt, daß diese Gegenstände nicht von der Hauptsache getrennt werden, wodurch sie selbst in Natur in die Errungenschaft fallen. Für deren Gebrauch mit der Hauptsache ist ein Ersatz nicht zu leisten, weil die Früchte des Ganzen der Errungenschaft ohnedies zu gut kommen.

Uebersteigen die zu Verbesserungen des Separatgutes verwendeten Kosten den dadurch erzielten (durch Schätzung zu konstatirenden) Mehrwerth, so ist nur der Betrag des Mehrwerthes zu ersetzen, weil der Mehraufwand als eine verfehlte Spekulation der Gemeinschaft zu betrachten ist. Betragen die Kosten aber weniger als der erzielte Mehrwerth, so sind nur die Kosten zu ersetzen, weil der weitere Mehrwerth in der Natur des Objektes oder im Zufall liegt, und daher als ein Accessorium der Hauptsache gilt, von welchem nur der erhöhte Ertrag der Gemeinschaft zu gut kommt. (§ 74 b.)

2) Ist ein zugebrachtes Nießbrauchsrecht veräußert worden, so ist der durchschnittliche jährliche Ertrag desselben auf die ursprüngliche Dauer des Nießbrauchs der Gemeinschaft von jenem Gatten zu ersetzen, welcher den Verkaufspreis bezogen und der Gemeinschaft nicht überlassen hat.

3) Wurde von einem Gatten ein Objekt erworben, welches er vorher mit Andern gemeinschaftlich besaß, und wurde hiebei ein Aufgeld aus der Gemeinschaft bezahlt, so ist letzteres bei der Abtheilung wieder dahin zu ersetzen.

4) Die gemeinschaftliche Ausstattung eines leiblichen Kindes Seitens der Gatten ist bei der Abtheilung der Errungenschaft zuzurechnen, weil die Ausstattung eine Ehelast ist, und daher zunächst auf der Errungenschaft ruht, also die Eltern nicht zu gleichen Theilen trifft. (§ 180.)

Auch bei den Ersatzposten der Errungenschaft ist durchweg die Regel zu beobachten, daß alle errungenschaftlichen Güter wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, so lange die Ehe dauert, Gesammtgut werden, und daß auf ihnen primär alle während der Ehe und zu Ehe-

zwecken gemachten Schulden ruhen, während erst mit der Erschöpfung der Errungenschaft die Haftung des rücksichtlich des Eigenthums separirt gedachten Zubringens beginnt, daß sohin auch erst bei der Abtheilung eine Ausscheidung der Haftung der dann in der Wirklichkeit zu trennenden Gütermassen möglich ist. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Dezember 1774. J. S. Molitor gegen Schneid.)

§ 77.

Verhältniß der Kinder während der Ehe zur Errungenschaftsgemeinschaft.

Die Beziehungen, in welche die Kinder zu der Errungenschaftsgemeinschaft während der Ehe treten, sind aus dem Bande der elterlichen Gewalt zu beurtheilen. Das M. L. R. hat sich über seine Auffassung dieses Verhältnisses nur in Tit. XXX. § 1. 2 direkt ausgesprochen, und dort in der Hauptsache, nämlich rücksichtlich der Einheit der Person zwischen Vater und Haussohn, sein Abweichen von dem gemeinen Rechte kund gegeben. Gemeinrechtlich muß die väterliche Gewalt immer noch nach dem römischen Rechte beurtheilt werden [1]), (Mittermeier, d. P. R. § 361—373) allein das römische Institut ist durch Volkssitte und deutsche Verhältnisse, namentlich durch Hereinziehen des Begriffes vom Mundium des Ehemannes, des Schutzrechtes über die Familie, so verändert worden, daß man die väterliche Gewalt mehr vom Gesichtspunkt einer elterlichen und beide Eltern subsidiär treffenden Pflicht zum Besten der Kinder, welche Schutz bedürfen, auffaßte, bis sie zur eigenen bürgerlichen Selbstständigkeit gelangen. Die väterliche resp. elterliche Gewalt hört daher in allen ihren Wirkungen auf, wenn das Hauskind sich seinen Unterhalt selbstständig, und ohne elterliche Beihülfe erwirbt (O. A. G. E. vom 22. Februar 1855 Nr. 1768 $18^{52}/_{53}$), oder wenn es sich verheirathet, weil durch Heirath auch die Vormundschaft sich endigt. (M. L. R. Tit V. § 13.)

Enkel können daher auch nicht mehr wie nach römischem Rechte unter der Gewalt ihrer Großeltern sein, weil schon ihre Eltern durch Heirath aus dieser ausgetreten sind. Hört auf diese Weise die elterliche Gewalt auf, so endigen sich damit nur die Erziehungs- und Ernährungspflichten und Rechte der Eltern, weil die Kinder nunmehr im Stande sind, sich selbst zu erhalten, allein der mit der römischen Emancipation verbundene Austritt aus der Familie (jura familiae) findet nicht statt, es verbleiben den Kindern alle hierauf bezüglichen rechtlichen Beziehungen, z. B. das Recht der Transmission einer nicht angetretenen elterlichen Erbschaft.

Während nun das römische Recht eine vollständige Personeneinheit (unitas personae) zwischen Vater und Sohn annahm, so daß zwischen

---

[1]) Mit dem römischen Rechte stimmt nach M. L. R. überein das Recht der Eltern, ihren Kindern Vormündern zu ernennen, und auch nach ihrer Wiederverehlichung deren Vermögen zu verwalten. Demungeachtet läßt sich eher behaupten, in Deutschland seien die römischen Ansichten über die väterliche Gewalt nie einheimisch geworden, als daß man annimmt, jenes Institut sei nach deutschen Rechtsbegriffen umgeändert worden, denn der Grundbegriff der patria potestas, nämlich ihre Lebenslänglichkeit, fehlt im deutschen Rechte ganz.

beiden keine bürgerlich vollgültigen Verträge geschlossen werden können, daß der Sohn nicht gegen den Vater klagen kann, daß keiner bei dem Testamente des andern Zeuge sein darf, und der Sohn als suus heres die väterliche Erbschaft durch keine Handlung zu erwerben braucht, hat gleichwohl das M. L. R., ungeachtet der Subsidiarität des gemeinen Rechtes doch deutlich ausgesprochen, daß es jene Verschmelzung der Personen nicht annehme, es kennt nur die elterliche Gewalt ohne Personeneinheit zwischen Eltern und Kindern [1]). Es geht dieses noch namentlich hervor aus seiner Sorgfalt für die Erhaltung der Substanz des von den Kindern bereits erworbenen Vermögens gegen die Verschwendung der Eltern (Tit. VII. § 9), welche Vorsicht sogar nach Tit. IX. § 12 auf das elterliche und noch im Besitze der Eltern befindliche Vermögen ausgedehnt ist. Aus der Anschauung des M. L. R. fließt ferner der Satz, daß die Kinder nach Tit. VII. § 3 auch ohne förmliche Entlassung Seitens der Eltern, und nach erlangter Großjährigkeit selbst gegen deren Willen aus der elterlichen Gewalt austreten, und dann für sich selbst erwerben können. Mehrere Arten der Peculien erleiden hiedurch in ihrem Wesen Veränderungen (§ 79), die Gerichte sind an die Stelle des absoluten und unumschränkten väterlichen Willens zum Schutze der Kinder getreten, z. B. bei widerrechtlicher Verweigerung des Eheconsenses (§ 4).

Die Praxis hat allgemein gültig hinzugefügt, daß auch zwischen Vater und selbst dem minderjährigen Kinde ein Vertrag geschlossen werden kann, wenn letzterem zu diesem Geschäfte ein Kurator beigegeben wurde, und der Grund dieser Spezial-Kuratel wird nicht in der Verschmelzung des Kindes mit der Person der Eltern, sondern in dem Mangel seines Selbstbestimmungsrechtes wegen Minderjährigkeit gefunden. (Erk. des Rev.-G. vom 3. November 1802. J. S. Lulai gegen Lulai. — Vergl. Seufferts Archiv Bd. I. nr. 353 II. nr. 305 VII. nr. 195. 196 IX. nr. 44 304 XIII. nr. 241. 267 XIV. nr. 44 XV. nr. 30. XVII. nr. 255.)

Zwei Fragen sind es nun, welche hauptsächlich hier zu würdigen sind: a) können die Kinder unter elterlicher Gewalt nach M. L. R. einen Sonderwerb machen, und b) welche Rechte haben sie auf die verschiedenen Gütermassen der Ehe.

§ 78.

Sondererwerb der Kinder.

Daß Kinder unabhängig von den Eltern ein Eigenthum haben, also auch erwerben können, geht im Allgemeinen aus Tit. VI. § 5 und Tit. VIII. § 1, IX. § 1 des M. L. R. hervor, sonst könnte in diesen Gesetzesstellen den Eltern nicht der Nießbrauch an den Gütern der Kinder zustehen, und den Kindern nicht gestattet sein, über ihr eigenthümliches Vermögen letztwillig zu verfügen. Die Frage ist daher nur, ob den

---

[1]) Das M. L. R. Tit. XXX. § 2 u. 1 läßt nicht allein Schenkungen zwischen Eltern und Kindern, sondern auch zwischen Geschwistern zu, selbst wenn sie noch unter elterlicher Gewalt stehen, und bezieht sich dort auf seine Abweichung von der Lehre des römischen Rechtes über die väterliche Gewalt.

Kindern außer dem von Dritteren durch Erbschaft, Schenkung, angefallenen Vermögen auch ein Erwerb zum selbstständigen Eigenthume gestattet ist.

In einzelnen Statuten, z. B. dem Würzb. Recht und Schweinf. Statutarrecht Tit. 37 § 2 und Tit. 39 § 9 ist gerade die Frage des Erwerbs von Dritteren rücksichtlich der Kinder verneint, indem Alles, was durch Erbschaft, Legat oder Schenkung den Kindern zugewendet wird, in die Gütergemeinschaft kommt, sofern nicht der Dritte ausdrücklich das Gegentheil bestimmt hat, während die nach M. L. R. zweifelhafte Frage rücksichtlich des eigenen Erwerbes der Kinder dahin entschieden ist, daß jeder Erwerb durch Dienst, Handthierung und Gewerbe den Kindern gehört.

Als die entscheidende Stelle des M. L. R. muß Tit. III. § 3 erachtet werden, wonach sich die Gemeinschaft nur auf den Erwerb der Eltern erstreckt. (Erk. des Hof.-Ger. von 1760. J. S. Klunkert gegen Hofmann.)

Hiemit stimmt auch das gemeine Recht überein, wonach aller selbstständige Erwerb der Kinder, er mag durch eigenen Fleiß und Thätigkeit, oder durch Gunst des Glückes, oder auf andere Art entstanden sein, unter der Voraussetzung, daß die Kinder noch Hauskinder sind, unter die Kategorie des peculium adventitium fällt. An diesem Sondergute gebührt den Eltern, ebenfalls in Uebereinstimmung mit dem M. L. R. Tit. VI. § 5, solange die Eigenschaft der Hauskinder besteht, die Nutznießung und Verwaltung. (Seufferts P. R. § 488. 482.)

Was aus dieser Nutznießung fließt, fällt in die Errungenschaft. Ist der Erwerb der Hauskinder ein selbstständiger, d. h. ein von der häuslichen Gemeinschaft unabhängiger, oder erhalten sie während dieses Erwerbes ihren Lebensunterhalt aus dem elterlichen Vermögen nicht, so liegt ihnen auch die Verbindlichkeit nicht ob, diesen ihren Erwerb den Eltern zur Bestreitung der gemeinsamen Haushaltungskosten zuzuwenden. (O. A. G. E. vom 22. Februar 1855 Nr. 1768. 18⁵²/₅₃.)

Was die Kinder dann durch ihre Thätigkeit und Sparsamkeit mehr erwerben, als zu ihrem Lebensunterhalte nothwendig war, bildet ein eigenthümliches Vermögen, worüber die Kinder frei auf den Todesfall verfügen können. Ausgenommen ist jedoch, was mit elterlichem Vermögen angekauft wurde. (O. A. G. E. vom 22. Februar 1855.)

Bei der Frage über das Eigenthum an der Substanz des so von den Kindern Erworbenen müssen aber auch noch jene Grundsätze in Berücksichtigung gezogen werden, welche aus der elterlichen Gewalt nach ihrer obigen Begrenzung hervorgehen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die beiden Gatten die ihnen gegen die Kinder zustehenden Rechte zum Nutzen der Gemeinschaft geltend machen dürfen, ebenso wenig ist es zweifelhaft, daß Eltern schon nach dem Zweck der Ehe berechtigt sind, von ihren Kindern, welche in ihrem Brode stehen, alle jene häuslichen Arbeiten zu verlangen, welche die Eltern selbst verrichten, und jene Beihülfe zum Hauswesen in Anspruch zu nehmen, welche ihren Kräften angemessen ist. Diese Berechtigung muß gegen alle Kinder wirken, solange sie im elterlichen Hause ihren Unterhalt finden, mögen sie minderjährig oder großjährig sein, oder selbst nach Entlassung aus der elterlichen Gewalt wieder in das Elternhaus zurückkehren, und steht daher auch der Mutter als Wittwe zu. Ein Anspruch auf Vergütung geht daher dem Kinde durch den

Nachweis nicht zu, daß seine Dienste den Werth der genossenen Alimente überschritten, und dadurch die Errungenschaft bereichert haben. Selbst wenn das Kind außer dem Hause sich durch Arbeit einen den gewöhnlichen Lebensunterhalt übersteigenden Verdienst hätte verschaffen können, ist ein stillschweigend mit den Eltern abgeschlossener Dienstvertrag, welcher allein einen Anspruch auf Lohn rechtfertigen könnte, nicht zu vermuthen, weil das natürliche Verhältniß zwischen Eltern und Kindern diese Vermuthung nicht zu rechtfertigen vermag, und auch die Rückkehr aus einem fremden Dienste zu der häuslichen Gemeinschaft mit den Eltern sich leichter aus anderen Gründen, als mit der Absicht, von den Eltern einen Lohn zu erhalten, erklären läßt. (Erk. des k. Bez.-Gerichts vom 18. Dezember 1863 [1]). — Seufferts Archiv Bd. XVII. nr. 256.)

Nach der hier vertretenen Ansicht kann als ein Sondererwerb der Hauskinder, und als ihr Eigenthum außer Vermächtnissen, Schenkungen etc. nur dasjenige aufgefaßt werden, was sie mit Bewilligung der Eltern von dritteren Personen für sich verdienen, jedoch vorausgesetzt, daß sie zur Zeit dieses Verdienstes noch im elterlichen Brode stehen, weil sonst eine Bewilligung der Eltern nicht mehr nothwendig ist [2]).

§ 79.

a) Rechte der Kinder am Ehevermögen, und b) Rechte der Eltern am Vermögen der Kinder.

a) Solange beide Eltern leben, haben die Kinder nur ein eventuelles Anrecht auf das Vermögen derselben, mag es vom Zubringen oder von der Errungenschaft herrühren. (M. L. R. Tit. IX. § 12.)

Jedoch können die Eltern ihre Kinder jederzeit mit dem Pflichttheil aus ihrem ganzen Vermögen abfinden, und das Kind verliert

---

[1]) Dagegen wurde in zwei Erkenntnissen des k. A. G. vom 7. April 1864 Nr. 1299 und 3. Juni 1865 Nr. 686 auf Grund der in Glücks Com. Bd. II. S. 267 verfochtenen Ansicht erkannt, daß in Fällen, in welchen das Kind vermöge seines Alters und seiner Fähigkeiten im Stande wäre, unter fremden Leuten mehr zu verdienen, als der Unterhalt ausmacht, den es von seinen Eltern erhält, eine billige Belohnung, oder das Recht anzusprechen habe, bei der elterlichen Erbtheilung einen Voraus zu fordern, weil es den Eltern einen Knecht oder eine Magd ersetzt, und so zum Besten der Miterben wirklich gearbeitet hat, es müßten denn die übrigen Kinder Gleiches geleistet haben.

[2]) Eine würdige Auffassung der ehlichen Beziehungen, welche gewiß auch die Kinder umfassen, gestattet nicht, sie als eine Gesellschaft von Taglöhnern oder Dienstboten zu betrachten. Ebensowenig, als bei den Gatten selbst der Mehr- oder Mindererwerb des einen oder anderen Gatten seinen Antheil am Gewinn verändert, können die Kinder und resp. Geschwister, für deren Wohl die Eltern ja doch vorzüglich arbeiten, gegen die Eltern oder unter sich aus ihren gewöhnlichen Diensten Ansprüche ableiten.

Gengler, d. P. R. Bd. II. S. 1165 not. 10, sagt hierüber: „Der häufig aufgestellte, und von der Praxis befolgte, auf vermeintlicher Billigkeit beruhende Grundsatz, daß in dem Falle, wenn das Kind durch seine Hülfe den Eltern einen Gesellen oder Dienstboten erspart, demselben ein angemessener Arbeitslohn gebühre, welcher von den Eltern selbst unbefriedigt, auch noch bei der Erbtheilung der übrigen Miterben aufgerechnet werden dürfe, ist nur in dem Sinne als richtig anzusehen, daß bereits aus dem Brode der Eltern getretene, sich selbstständig ernährende Kinder gewöhnlichen Dienstboten gleich zu halten seien, wenn sie zu Gesinde — oder Handwerksdiensten für längere Zeit nach Hause gerufen werden. (Mittermeier, § 364. — Seufferts Archiv I. 354. VII. 196. VIII. 59. IX. 174. — Koch, preuß. L. R. Thl. II. Bd. I. S. 288 not. 24. — Bayr. L. R. I. c. 4 § 3 nr. 1—3.)

dadurch jeden Anspruch wegen seines Pflichttheiles auf künftige Vermehrung des elterlichen Vermögens, kann aber auch bei einer Vermögensminderung wegen Zurückzahlung nicht mehr in Anspruch genommen werden. (M. L. R. Tit. IX. § 5.)

Den Kindern ist jedoch selbst wegen ihres eventuellen Anrechtes auf ihr elterliches Vermögen durch das Gesetz ein Antrag auf Stellung der Eltern unter Curatel gestattet, wenn durch verschwenderische Haushaltung die billige Besorgniß begründet wird, dieses Anrecht auf den Pflichttheil möchte durch Vergeudung des Vermögens vereitelt werden.

Mit dem Tode des einen Elterntheiles werden die Kinder Erben seines ganzen Nachlasses, nämlich seines Einbringens und Errungenschaftsantheiles. (§ 175.) (M. L. R. Tit. VII. § 2. 3 Tit. XIV. § 1.)

Schreitet dann der überlebende Parens zu einer weiteren Ehe, in welche er dieses Vermögen vermöge seines Nießbrauches gewissermaßen überträgt, so bildet es eine Last der zweiten Ehe, und wird auf der Masse der zweiten Ehe haftend angesehen. (A. G. E. vom 23. Dezember 1853 Nr. 188.)

Die Praxis pflegt dieses Verhältniß mit dem Satze auszudrücken: die nachfolgende Ehe muß die vorausgegangene ausliefern. (Erk. des Rev.-G. vom 2. Juli 1777. J. S. Bintgen gegen Weitzel. — Erk. des Rev.-G. vom 6. Juli 1776. J. S. Glöckle gegen Viktor.)

b) Die Rechte der Eltern an Vermögen der Kinder sind im gemeinen Rechte unter der Lehre von den Peculien abgehandelt. Es wird dort unterschieden, ob das Vermögen der Kinder im Militär- oder Staatsdienst (peculium castrense und quasi castrense) erworben, oder vom Vater, z. B. zum Betrieb eines Nahrungszweiges gegeben wurde, (pec. profectitium) oder endlich, ob es von anderen Personen herrührt (pec. adventitium). Bei der letzten Art des Sondergutes wurde weiter berücksichtigt, ob den Eltern der Nutzgenuß daran zustand (pecul. advent. regulare), oder ob der Nutzgenuß vom Geber untersagt war, resp. ob die Eltern selbst darauf verzichtet hatten (pec. advent. irregulare). Der Nutzgenuß konnte jedoch den Eltern nur an eigentlichen Geschenken vom Schenker entzogen werden, nicht aber an dem, was den Kindern vermöge der Gesetze gebührte, z. B. am Pflichttheile aus dem großelterlichen Vermögen. (Nov. 117 cap. 1.)

Alle diese gemeinrechtlichen Bestimmungen ruhen auf der Grundlage der Personeneinheit zwischen Vater und Haussohn, und finden daher im Prinzip keine Anwendung mehr auf das M. L. R., sobald ein Sondererwerb der Kinder (§ 78) nachgewiesen ist.

Eigenthumsrechte erlangen die Eltern an den Sondergütern der Kinder nach M. L. R. Tit. XIV. § 3, daher nur durch deren Beerbung (sofern sie nicht mehr zu einer weiteren Ehe schreiten); der Nutzgenuß der Eltern ist jedoch aus dem gemeinen Rechte auf das M. L. R. Tit. VI. § 5, Tit. VII. § 2—4 übertragen. Bezüglich der Abstammung solcher Sondergüter der Kinder ist indeß bezüglich der Dauer des elterlichen Nutzgenusses und seiner Wirkungen ein Unterschied in der Weise gemacht, ob diese Sondergüter aus dem Nachlasse des erstverstorbenen Elterntheiles ererbt sind (Vater- oder Muttergüter), oder ob sie von den Kindern aus anderen Quellen erworben wurden. Es liegt hierin der Unterschied zwischen dem ehlichen und elterlichen Nutzgenusse des überlebenden Parens. (§ 165. 165a. 166. 179.)

§ 80.

Vermuthung der Errungenschaft.

Das M. L. R. stellt in Tit. III. § 4 den auch in verschiedenen anderen Statutarrechten enthaltenen Satz auf, daß überhaupt alles Vermögen der Eheleute für errungen geachtet werden soll, bis erwiesen ist, was zugebracht wurde [1]). Es ist klar, daß es damit eigentlich den Beweis der Merkmale des Einbringens verlangt, d. h. negativ bestimmt, es müsse erwiesen werden, daß ein Ehegatte einen gewissen Gegenstand entweder schon vor der Ehe besaß, oder während der Ehe für sich besonders durch Erbschaft, Legat, Schenkung ꝛc. erlangt hat. Es geht dieses auch aus der Bestimmung des § 3 hervor, nach welchem eine Errungenschaft nur dann gegeben ist, wenn alle Ehelasten, also nebst den eigentlichen Schulden auch das beiderseitige Eheeinbringen, abgezogen sind. Das Gesetz steht im Einklang mit Tit. I. § 8, wo ebenfalls der Beweis des Heirathsgutes verlangt wird; und hier wie dort ist daher die Mahnung am Platze, daß sich die Gatten rechtzeitig mit den Beweismitteln ihres Zubringens vorsehen [2]).

Hiemit ist aber nicht gesagt, daß man etwas dann für errungen erachten solle, wenn nach den Bestimmungen des Statuts nicht klar genug bestimmt ist, ob ein Objekt, wie z. B. bei Schenkungen unter Lebenden, bei Lotteriegewinnen, Surrogaten ꝛc. der Kategorie des Zugebrachten angehöre. Im Zusammenhang mit Tit. I. § 8 muß man annehmen, daß nur ein Beweis des Faktums verlangt werden wollte, woraus dann weiter zu folgern ist, ob das durch jenes Factum in die Ehe gekommene Objekt nach dem Gesetze unter Zubringen oder unter Errungenschaft zu rechnen ist. Für diese Subsumtion unter das Gesetz wird immerhin der juristischen Auslegung der gebührende Raum gelassen werden müssen.

Diese Vermuthung der Errungenschaft ist insoferne von Wichtigkeit, als jeder Ehegatte, welcher bezüglich eines Gegenstandes des Ehevermögens die Errungenschaftsqualität läugnet, damit zugleich behauptet, daß es sein Privatvermögen sei, und es als solches in Anspruch nimmt, daß er folglich den damit vorgeschützten Rechtstitel bei eingelegtem Widerspruche beweisen muß.

---

[1]) Wird während der Ehe etwas aus den drei verschiedenen Gütermassen angeschafft oder veräußert, so fällt nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes das Angeschaffte jener Vermögensmasse zu, welcher die Mittel zur Anschaffung entnommen sind, und ebenso tritt der Erlös des Veräußerten an dessen Stelle: „Res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei.“ Weil nun auch die eingebrachten Güter dem Gebrauche nach gemeinschaftlich sind, Einbringen und Errungenschaft aber während der Ehe nicht geschieden werden können, liegt die Vermuthung, daß das während der Ehe Angeschaffte aus dem Erträgniß des beiderseitigen Vermögens und der beiderseitigen Arbeit der Gatten entnommen sei, am nächsten, so lange nicht das Gegentheil bewiesen wird.

Umgekehrt ist der Satz, daß die Errungenschafts-Eigenschaft eines Ehegutes vermuthet werde, daher auch mit ein Beweis, daß das M. L. R. das Gesammtvermögen bis zur Abtheilung als eine nicht unterscheidbare Masse angesehen hat.

[2]) Der Code Napoleon schreibt daher Art. 1402 und 1499 vor, daß das Mobiliarvermögen, welches bei Schließung der Ehe vorhanden war, oder später angefallen ist, durch ein Inventar oder Verzeichniß in gehöriger Form bewährt werden soll, widrigenfalls es als Errungenschaft anzusehen ist.

§ 81.

Rechte der Ehegatten in Bezug auf das Ehevermögen.

I. Gemeinschaftliche Rechte beider Gatten.

Vor Allem ist nach § 68 festzuhalten, daß die Verbindung beider Gatten rücksichtlich ihrer Güterverhältnisse eine Gesellschaft des Nutzgenusses ist, daß daher unter dem Begriffe Ehevermögen im weiteren Sinne alles Vermögen enthalten ist, welches den Ehezwecken dient, also nicht blos der wirkliche Erwerb in der Ehe, sondern wegen des Erwerbes auch das beiderseitige Zubringen, dessen Abnutzung zum Eheerwerb gehört.

A. Aus der Eigenschaft dieser Verbindung als Gesellschaft folgt gemeinrechtlich a) daß jeder Gatte von dem andern fordern kann, daß er das versprochene Gut in die Ehe bringe, und jene Dienste leiste, welche dem Zwecke der Ehe und der Persönlichkeit des Ehegenossen angemessen sind; denn Vermögen und Dienste (Arbeit) bilden die Grundlagen, aus welchen die Pflichten der Ehe erfüllt werden sollen (M. L. R. Tit. III. § 3); b) daß jeder Gatte vom andern bei Benützung der dem Ehezweck unterworfenen Güter die Anwendung jenes Fleißes fordern kann, welchen er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt [1]). Nicht blos bei arglistigen Handlungen, sondern auch bei schuldhafter Nachlässigkeit wird also jeder Gatte mit seinem Vermögen haftbar, welches jedoch nicht bis auf die Pflicht äußerster Aufmerksamkeit ausgedehnt werden darf. § 9 J. (3. 25.) Das M. L. R. zählt nämlich Tit. IV. § 1 Alles der besonderen Haftbarkeit der einzelnen Gatten zu, was seine Entstehung einer rechtswidrigen Handlung (Delikt) verdankt (§ 98), oder nicht zum Vortheile der Ehe geschehen ist; c) jeder Gatte ist berechtigt, zu fordern, daß der andere Alles, was er während der Dauer der Gemeinschaft erworben hat, in die Gemeinschaft einwerfe, weil der Gewinn aus der Abnutzung des Sondergutes sowohl, als jener aus der Arbeit Gemeingut wird. l. 52 pr. l. 74 D. (17. 2.) — M. L. R. Tit. III. § 3. — Es besteht also ein wechselseitiger Anspruch der Gatten, daß keiner seinen Erwerb für sich behalte.

B. Aus dem Charakter der Gesellschaft als Nutznießerin folgt, daß a) das Erworbene Gut als Frucht der Nutznießung gemeinschaftlich wird, und die Früchte daraus ebenfalls wieder in die Gemeinschaft fallen; b) daß von dem Einbringen der Gatten einzelne Sachen Sondergut bleiben, andere aber die Natur des Gemeingutes annehmen.

Es muß hier unterschieden werden: Sind die der Gemeinschaft zugebrachten Sachen unverbrauchbar und unvertretbar, so bleiben sie im Sondergute des zubringenden Gatten, und dienen nur als Objekte einer Gebrauchs-Gesellschaft. Der Zweck der Gesellschaft erfordert nämlich in diesem Falle kein Aufgeben des Eigenthums, weil ungeachtet des Eigenthums solche Sachen auch von Dritten, hier von der Gemeinschaft, benutzt werden können. Das Aufgeben des Eigenthums

---

[1]) In der gräfl. Leiningen'schen Grünstadter Successions- und Theilungs-Verordnung vom 12. Dezember 1726 Tit. IV. § 8 ist dieses Princip, nämlich die Prästation der media diligentia und Schadensersatz, wenn wegen unterlassener Treue, Sorge und Fleiß der Nahrung etwas abgeht, ausdrücklich ausgesprochen.

wird daher auch nicht vermuthet (§ 26). Wurde bei dem Zubringen solcher Gegenstände ihr Werth angegeben, so geschah dieses nur schätzungsweise, nicht des Verkaufes wegen.

Hieraus folgt schon gemeinrechtlich l. 58 pr. D. (17. 2), daß nach Beendigung der Gemeinschaft jeder Gatte die von ihm eingebrachten Sachen wieder in Natur zurückverlangt, weil er niemals aufgehört hat, deren Eigenthümer zu sein, sowie es ebenfalls zweifellos ist, daß, wenn eine nicht verbrauch- oder vertretbare Sache durch Zufall in ihrem Werthe verringert oder zerstört wird, der Schaden nur allein den Eigenthümer treffen kann.

Nach dem Begriffe der Gebrauchs-Gesellschaft äußert der Umstand, daß der eine Gatte Gegenstände, der andere nur seine Arbeit eingebracht hat, auf dieses geschaffene Verhältniß keinen Einfluß. Gewinn oder Nachtheil vertheilen sich demungeachtet in demselben Maße, als wenn von beiden Seiten Güter zugebracht wären. l. 13 § 1 D. (19. 5).

Waren aber die eingebrachten Sachen vertretbar oder verbrauchbar, so können sie nicht anderst gebraucht werden, als mit Aufhebung des Eigenthums, soweit jener Verbrauch ordnungsgemäß es mit sich bringt. Die Ueberlassung zum Gebrauch enthält also auch eine Ueberlassung zum regelmäßigen Verbrauch, folglich auch einen Verzicht auf das ganze oder theilweise Eigenthumsrecht, soweit nämlich durch den Gebrauch während der Gemeinschaft der Gegenstand selbst zu Grunde geht, eine societas quoad sortem.

Besteht das Zubringen aus baarem Geld, so wird dieses Verhältniß durch den Gebrauch immer eintreten, und hieraus folgt, daß, wenn das zugebrachte Geld durch Zufall verloren geht, der Verlust nicht mehr den einzelnen Gatten als früheren Eigenthümer, sondern die Gemeinschaft trifft, welche durch die Thatsache des Zubringens Eigenthümerin des Geldes geworden ist. Dazu genügt aber nicht die blose Zusicherung eines Einbringens, sondern es muß bereits faktisch durch die Uebergabe in die Hand der Gemeinschaft gekommen sein. l. 58 § 1 D. (17. 2).

Wird dann mit der nicht zu Verlust gegangenen Einlage des andern Gatten ein Gewinn gemacht, so hat demungeachtet der erstere seinen Antheil davon zu fordern.

Nach Beendigung der Nießbrauchsgesellschaft werden die eingelegten Gelder in demselben Verhältniß zurückerstattet, in welchem sie zugebracht wurden, und der Gewinn wird ohne Rücksicht auf die Einlage nach den bestehenden Societätsregeln zu $^2/_3$ an den Mann und zu $^1/_3$ an die Frau vertheilt [1]).

---

1) Hat z. B. der Mann 1000 fl., die Frau 2000 fl. in die Ehe gebracht, so besteht das Gemeinschaftsvermögen in 3000 fl. Gehen die 2000 fl. der Frau verloren, mit den 1000 fl. des Mannes werden aber 3000 fl. gewonnen, so sind am Ende der Gemeinschaft 4000 fl. vorhanden, wovon aber nach Abrechnung des Einbringens von 3000 fl. nur ein reiner Gewinn oder eine Errungenschaft von 1000 fl. entsteht; denn der Mann erhält zunächst sein Zubringen von 1000 fl., die Frau das Ihrige von 2000 fl. zurück, und der Gewinn von 1000 fl. wird dann mit $^2/_3$ dem Manne, mit $^1/_3$ der Frau zugetheilt. Wären mit den übriggebliebenen 1000 fl. des Mannes nur 2000 fl. gewonnen worden, so würde sich am Ende der Gemeinschaft nur die anfängliche Summe der Einlage ergeben, und der Mann würde dann, obgleich der Gewinn mit seinem Zubringen gemacht wurde, doch wieder nur dieses

Ob eine gleiche Vertheilung in dem Falle stattfindet, wenn blos der eine Gesellschafter Güter, der andere nur Dienste in die Gemeinschaft brachte, ist gemeinrechtlich bestritten (Glück, Comm. Bd. 15 S. 395. — Vangerow, Lehrbuch Bd. III. S. 449), allein es muß die Frage selbst gemeinrechtlich bejaht werden, weil eine Gesellschaft nach l. 1 C. (4. 37) auch in der Weise eingegangen werden kann, daß der eine Gesellschafter Geld, der andere Arbeit einlegt, und nach Tit. III. § 1 hat sich das M. L. R. unzweifelhaft dieser Ansicht zugewendet, weil es die Vertheilung des Ehegewinnes von der Gesellschaftseinlage nicht abhängig macht. Auch in diesem Falle werden also die nur von einem Gatten eingebrachten Gelder gemeinschaftlich, und den etwaigen Verlust trägt nicht jener Gatte allein, sondern die Gemeinschaft nach den Regeln des Schwert- und Rockentheiles [1]).

Obgleich daher die Arbeitskräfte ein Faktor, d. h. ebenso, wie eine Vermögenseinlage eine Ursache der Errungenschaft sind, so werden sie doch bei der Theilung nicht in der Weise in Anschlag gebracht, daß für sie ein Aequivalent vorweg in Abzug zu bringen wäre. Die Arbeitskräfte werden vielmehr ebenso nur als Dienste, wie die Zinsen oder Nutzungen der Güter in Anschlag gebracht. Bei ungünstigem Erfolg der Gemeinschaft gehen daher dem Einleger von Gütern die Zinsen, dem Einleger von Arbeitskräften deren Ergebniß verloren, während bei vortheilhafter Wirthschaft der eine Gatte die Zinsen seines Vermögens, der andere den Ertrag seiner Arbeit unter der Form seines Antheiles an der Errungenschaft zieht.

Außer Geld gibt es aber auch noch verbrauchbare Sachen, welche nicht plötzlich, sondern allmählig durch den Gebrauch im Werthe verringert oder ganz vernichtet werden. Diese sind nach den Regeln des Nutzgenusses so lange im Eigenthum des Einlegers verblieben, als sie noch vorhanden waren, vorausgesetzt, daß nicht durch Verkauf der Sache an die Ehegemeinschaft an diese das Eigenthum übergegangen ist, und

---

mit 1000 fl., und die Frau ihr Zubringen mit 2000 fl. erhalten, obgleich letzteres verloren gegangen war.

Wären schließlich mit den übrigen 1000 fl. des Mannes nur 1000 fl. gewonnen worden, so würde sich am Ende der Gemeinschaft anstatt der ursprünglichen beiderseitigen Einlage von 3000 fl. nur der Betrag von 2000 fl. vorfinden, und es entstände dann ein Verlust von 1000 fl., wovon der Mann 2/3 mit 666 fl. 40 kr., die Frau 1/3 mit 333 fl. 20 kr. leiden müßte, der Mann würde dann anstatt seines Einbringens von 1000 fl. nur 333 fl. 20 kr., die Frau aber anstatt ihres Einbringens von 2000 fl. nur 1666 fl. 40 kr. erhalten, wodurch die am Ende der Gemeinschaft vorhandene Masse erschöpft wäre.

[1]) Hat also die Frau z. B. 10,000 fl. in die Ehe gebracht, und der Mann die ganze Leitung des Hauswesens übernommen, so fällt der etwaige Verlust von 4000 fl. nicht der Frau allein in der Weise zu, als wenn sie nur 6000 fl. eingebracht hätte; werden daher mit den noch verbliebenen 6000 fl. noch weitere 7000 fl., wiewohl nur durch die Thätigkeit des Mannes gewonnen, so daß am Ende der Gemeinschaft 13,000 fl. vorhanden sind, so ist der Ehegewinn nicht 7000 fl., sondern nur 3000 fl., wovon dem Manne 2/3 mit 2000 fl., der Frau 1/3 mit 1000 fl. gebühren. Der Mann erhält also nur 2000 fl. und die Frau unter Einrechnung ihres Illates 11,000 fl.

Wären mit den übriggebliebenen 6000 fl. der Frau nur 4000 fl., wiewohl nur durch die Thätigkeit des Mannes gewonnen, so wäre nur erst die ursprüngliche Einlage der Frau von 10,000 fl. wieder ergänzt, und der Mann bekäme gar nichts. Würde aber selbst noch weniger als 4000 fl. oder gar nichts erworben, so müßte der Mann das bis zur Ergänzung der Einlage der Frau Fehlende zu 2/3 demungeachtet ersetzen.

es sich dann um einen quasi ususfructus handelt l. 7 D. (7. 5). Mit dem Gebrauch ist auch der ordnungsgemäße Verbrauch eingeräumt, dafür hat aber der Nutznießer keine Pflicht der Vergütung an den Eigenthümer nach dem Grundsatze „qui jure suo utitur neminem laedit“, er hat jedoch die Pflicht der Erhaltung, soweit diese durch Ausbesserungen möglich ist [1]). Die Früchte des Verbrauches kommen dem Einleger durch seinen Antheil an der Errungenschaft zu. Die Sache selbst ist nach beendigter Gemeinschaft dem Eigenthümer in dem Zustande zurückzugeben, in welchen sie durch regelmäßigen Gebrauch gekommen ist. Für arglistige oder fahrlässige Beschädigungen ist vom treffenden Gatten Ersatz zu leisten [2]).

Wollte man die Gemeinschaft auch für die Entwerthung durch regelmäßige Abnützung haftbar machen, so würde sich der Vortheil derartiger Güter für die Gemeinschaft aufheben, weil sie außer ihrem Gebrauch keinen Vortheil gewähren, und also gerade das, was von ihnen vermöge des Gesetzes Tit. III. § 3 in die Gemeinschaft kömmt, von dort wieder zurückgegeben werden müßte. Die Bestimmung des gemeinen Rechtes l. 7 D. (7. 5) und § 2 J. (2. 4), wornach für Wein, Oel, Getreide und Geld Sicherheit geleistet, und die Sache nach beendigtem Nießbrauch in derselben Güte zurückgegeben werden muß, bezieht sich auch nur auf die sog. vertretbaren Sachen (res fungibiles) oder auf jene Sachen, welche man nicht gebrauchen kann, ohne sie zu verzehren. (Vergl. Art. 587 und 589 des Code Napoleon. Würtemb. L. R. von Weißhaar § 153.) [3]).

§ 81. a

Es kommen hiebei noch zwei praktisch wichtige Fragen in Betracht: a) ob die Antheile der Gatten und ihrer Erben an der Errungenschaft als ein Eigenthum an der Gesammtheit der Errungen-

---

[1]) Nach Endigung des Nießbrauches tritt gemeinrechtlich die Verbindlichkeit zur Herausgabe der Sache mit allen im Momente der Erlöschung noch nicht percipirten Früchten ein, soferne nicht zufälliger oder durch rechtmäßigen Gebrauch verursachter Untergang der Sache den Nutznießer befreit. (Seufferts P. R. § 169.) l. 12 § 1 D. (7. 1). l. 1 pr. l. 9 § 3 D. (7. 9).

[2]) Für ihre zu wirklichen Ehezwecken verbrauchten Mobilien kann auch die Frau keinen Ersatz fordern, wohl aber, wenn der Mann in böslicher und betrüglicher Absicht oder durch schlechte Hauswirthschaft Theile des Eingebrachten verschleudert haben sollte. (Gengler, Lehrbuch des deutschen Privat-Rechts, Bd. II. S. 1151).

[3]) Die Praxis hat größtentheils unter vertretbaren und allmählich verzehrbaren Sachen nicht unterschieden, und überhaupt die in die Ehe gebrachten Mobilien als ein Illat behandelt, wofür der betreffende Gatte bei der Theilung im Falle der Abschwendung Ersatz nach dem ursprünglichen Werthe zu fordern habe. Es widerstreitet dieses Verfahren aber nach der Ausführung dem Wortlaute und Geiste des M. L. R. sowohl, als den subsidiär gültigen gemeinrechtlichen Regeln des Nutzgenusses. Auch die Wissenschaft rechnet auf Grund der Partikulargesetze namentlich Frankens die aus den Gütern der Gatten fließenden Revenuen im Allgemeinen, insbesondere Zinsen, Abnutzung und Gebrauch unter die Errungenschaft, wie dieses im fränk. L. R. Thl. III. Tit. 96 § 4 der Fall ist. „Aber die Zinß, Abnutzung und Gebrauch solcher Güter, auch was beide Eheleuth in stehender Ehe mit denselbigen Gütern, auch durch ihre Handarbeit, Handthierung oder sonsten erobern und gewinnen, das Alles ist nach altem Herkommen und Landrecht unseres Stiffts, beider Eheleuthen gemein, haben sich auch dessen zu ihrer und gemeiner Haußhaltung und anderer Nothdurfft mit einander zu gebrauchen und zu genießen ꝛc.“ (Schweinf. St. R. Sect. III. Tit. XVII. § 13. — Gengler, l. c. S. 1135.)

schaft, oder als ein Eigenthum an jedem Errungenschaftsgegenstand zu betrachten sei, und b) ob die Kinder die Auslieferung ihres elterlichen Vermögens in Natur oder blos nach dem Inventarwerth verlangen können, und ob von denselben nach geschehener Auslieferung nach der Inventartaxe noch ein Anspruch auf einen Mehrwerth der nicht in Natur übergebenen Gegenstände gemacht werden kann.

Zu a. Die Beantwortung der ersten Frage gewinnt ihre hauptsächliche Bedeutung in Bezug auf das Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten über seinen Errungenschaftsantheil.

Es muß auch hier von dem Grundsatze ausgegangen werden, daß an den zu der Errungenschaft gehörigen in der Ehe erworbenen Gegenständen vor der Abtheilung gesetzlich den Gatten ein Miteigenthum nach dem Sinne des römischen Rechtes, also jedem Gatten ein ideeller Antheil daran zusteht, und daß er blos diesen ebenso wie sein Sondergut vererben kann. Ebenderselbe Antheil des zuerst verstorbenenen Gatten geht mit dem Augenblicke seines Todes auf seine Erben resp. Kinder über. Dieser Antheil ist aber kein ideeller an den einzelnen Errungenschaftsobjekten, sondern er bezieht sich auf das Errungenschaftsvermögen nach seiner Gesammtheit und seinem Gesammtwerthe. (A. G. E. vom 1. September 1846 Nr. 2942.) Dieses ergibt sich unzweifelhaft aus Tit. III. § 1 des M. L. R. und aus der Bestimmung, welche der Errungenschaft in Tit. III. § 3 und Tit. IV § 1 zunächst zugedacht ist, nämlich vor Allem die Eheschulden zu tilgen. Eine Tilgung der Eheschulden aus der Errungenschaft ließe sich nämlich gar nicht denken, wenn es nicht aus der ganzen Masse der Errungenschaft zu geschehen hätte, wenn die Errungenschaft nicht als ein Werthcomplex, sondern als ein in einzelne Theile zu zerlegendes Aggregat aufzufassen wäre, weil dann von jedem dieser Theile eine treffende Quote zur Tilgung der Schuldenmasse aufgewendet werden müßte.

Daß nämlich ein Vermögen errungenschaftlich sei, kann aus dem Umstande, daß es in stehender Ehe erworben wurde, nicht gefolgert werden; denn nach Tit. III. § 3 des M. L. R. wird nur dasjenige für errungen gehalten, was während der Ehe erworben, und nach Abzug der in der Ehe contrahirten Schulden übrig bleibt. Es ist daher nicht bloß nothwendig, daß ein Vermögenstheil in stehender Ehe erworben wurde, sondern er muß auch, nachdem die ehlichen Schulden gedeckt sind, noch vorhanden sein, wenn er als errungenschaftliches Vermögen gelten soll. Außerdem können auch Objekte mit dem eingebrachten Vermögen angeschafft worden sein; um diesen den Charakter der Errungenschaft zu sichern, müßten sie nach Abzug der sämmtlichen Ehelasten noch vorhanden sein.

Aus der blosen Thatsache der Erwerbung von Gegenständen während der Ehe folgt sohin nicht ohne Weiteres ein Miteigenthum des einen oder anderen Gatten, die Gatten resp. ihre Erben erlangen vielmehr nach Beendigung der Gemeinschaft nur ein Recht auf Theilung der ehlichen Errungenschaft im Allgemeinen, und auf Herausgabe des als ehlichen Erwerb sich darstellenden Gesammtbetrages. (Tit. III. § 1.) Dadurch wird jedoch der Nachweis eines auf speziellem Rechtstitel beruhenden Erwerbes des Miteigenthums an einem einzelnen zur Errungenschaft gehörigen Gegenstand nicht ausgeschlossen. (Erk. des A. G. vom 29. April 1851 Nr. 366.)

Im Uebrigen kann diese Beschränkung der Verfügung des überlebenden Gatten nicht weiter ausgedehnt werden, als bis dahin, daß das Vermögen des verstorbenen Gatten unberührt bleibt, und die Kinder im Pflichttheil des Testirers nach Tit. IX. § 1 des M. L. R. nicht verkürzt werden.

Wenn daher in Frage kommt, ob eines der Eltern Objekte, welche von ihm im Testamente als Zubringen, von den Erbschaftsinteressenten (Kindern) aber als Errungenschaftstheile bezeichnet werden, ganz oder nur nach Verhältniß des dem Testator gebührenden Errungenschaftsantheiles habe vermachen können, so handelt es sich um ein legatum rei alienae, bezüglich dessen der gemeinrechtliche Grundsatz gilt, daß ein solches Legat ohne Rücksicht darauf, ob der Testirer die vermachte Sache bloß irrig für die seinige gehalten, oder daß sie eine fremde Sache sei, wohl gewußt habe, in dem Falle zu Recht bestehen solle, wenn der Legatar mit dem Erblasser nahe verwandt ist. (l. 10. D. [6. 37].)

Wo es sich daher zwischen Eltern und Kindern handelt, ist anzunehmen, daß die Eltern, wenn sie sich auch ihres Irrthums bezüglich der legirten Sache bewußt gewesen wären, das Vermächtniß dennoch so, wie wirklich geschehen, angeordnet haben würden.

Der Rechtsbestand eines solchen Legates wird noch mehr außer Zweifel gestellt, wenn die legirten Objekte zu dem Vermögen des früher verstorbenen parens gehörten, indem der beschwerte Erbe jedenfalls zur Entrichtung des Legates verbunden ist, wenn die legirte Sache bereits dessen Eigenthum war. (l. 67 § 8 de legat. II. l. 13 D. [23. 5].)

Bleibt ein solches Legat aufrecht, es mögen nun die legirten Gegenstände zum Eigenthum des Testirers gehört, oder einen Bestandtheil der ehlichen Errungenschaft gebildet haben, so kommt es nur noch lediglich auf den Beweis an, ob die übrigen Kindern dadurch in ihrem Pflichttheile verletzt wurden. (Erk. des O. A. G. vom 12. Dezember 1863 Nr. 171. 63/64.)

Aehnlich ist die Frage, ob der überlebende Gatte an den zur Errungenschaft gehörigen Gütern Veräußerungen zu Lebzeiten vornehmen dürfe, und unter welchen Voraussetzungen. Gründe der Ungültigkeit einer solchen Veräußerung könnten allenfalls darin gefunden werden, daß der dem verlebten Gatten gehörende Errungenschaftsantheil als Sondergut den Kindern anheim gefallen ist, und weil selbst eine Verletzung des Pflichttheiles der Kinder durch einen Verkauf unter dem Werthe eintreten kann. Allein es ist nirgends im M. L. R. der Verkauf von errungenschaftlichem Gute absolut untersagt (selbst der Verkauf von Liegenschaften ist dem Manne nur bezüglich des Zubringens der Frau in Tit. XXIII. § 7 verboten), insofern der Kaufpreis anstatt des hingegebenen Objektes dessen Werth ersetzt. Erhöht sich der Werth solcher veräußerter Güter später durch Zeitumstände, so ist dieses als ein Zufall zu betrachten, indem von der Zeit der Veräußerung an das verkaufte Objekt nicht mehr zur Masse gehört, sondern der erzielte Kaufpreis dessen Stelle vertritt. (Erk. des Rev.-G. vom 3. November 1802. J. S. Lulai gegen Lulai.)

Immerhin können aber dem überlebenden Gatten keine größeren Rechte an dem Gute der Kinder eingeräumt werden, als ihm daran während der Ehe aus dem Verwaltungsrecht zukamen. Bezüglich des ideellen Errungenschaftsantheiles des überlebenden Gatten kann dessen Veräußerungen nur die Schranke gezogen werden, welche die Verschwendung nach M. L. R. Tit. VII. § 9 setzt. Veräußerungen des

den Kindern gehörigen Errungenschaftsantheiles bemessen sich dagegen nach den Regeln des dem überlebenden parens eingeräumten Nutzgenusses (§ 167) und Verwaltungsrechtes (§ 82).

Zu b. Bezüglich der Frage, ob die Kinder berechtigt seien, die Auslieferung ihres elterlichen Vermögens nach dem gefertigten Inventar und Abtheilungsstatus in Natur zu verlangen, stehen sich in der Praxis zwei Ansichten entgegen. Nach der einen Meinung wird angenommen, daß der Vater oder die Mutter, welche zur weiteren Ehe schreiten, den Vorkindern lediglich jenen Betrag auszuliefern haben, welcher denselben nach dem auf Grund des Inventars gefertigten Status gebührt; diese Auslieferung habe jedoch nicht in Natur zu geschehen, denn nach Aufnahme des Inventares seien die Kinder nicht mehr Miteigenthümer des Ehevermögens, insbesondere der Errungenschaft, sondern letztere gehöre nun dem Vater resp. der Mutter allein, diese hätten nur den Kindern ihren Antheil hinauszuzahlen. Bei der Aufnahme des Inventares werde nämlich das Vermögen nicht bloß specificirt, sondern auch taxirt, und hierauf dem Vater überlassen. Jede Ueberlassung gegen eine Taxe erzeuge aber, soferne nicht besondere Gründe entgegenstehen, die Vermuthung, daß die Ueberlassung käuflich geschehen sei (Thibaut, P. S. § 447.), und hinsichtlich der Errungenschaft sei ein solcher besonderer Grund nicht vorhanden. Daraus folge, daß die Kinder keinen Anspruch auf den etwaigen Mehrerlös aus den errungenschaftlichen Objekten, so wie sie auch zu den späteren etwaigen Verlusten nichts beizutragen hätten. Die Kinder hätten also in allen Fällen hinsichtlich der Errungenschaft ihre Auslieferung nach dem Inventar, resp. der darin enthaltenen Taxe anzusprechen, und dieser Grundsatz sei nicht nur im gemeinen Rechte, sondern auch in Tit. XVII. § 6 des M. L. R. begründet, auch sei nach Gewohnheitsrecht nur in dieser Weise erkannt worden.

Die andere Ansicht stellt auf: Die Errichtung des Inventares geschehe bei der Wiederverehlichung auf Grund des Tit. VI. des M. L. R. blos zu dem Zwecke, um das vorhandene, den ersten Ehekindern zugefallene Vermögen zu verzeichnen, und bei der dereinstigen Abtheilung die Ungewißheit darüber zu entfernen, was wirklich vorhanden gewesen ist, nicht aber, um hiemit eine förmliche Abtheilung zwischen den Vorkindern und dem überlebenden Gatten vorzunehmen. Durch die Beifügung einer Taxe werde keineswegs die Naturalauslieferung ausgeschlossen, es gehe dadurch keineswegs das taxirte Objekt an den überlebenden Gatten über, sondern es verbleibe den Kindern als Miteigenthümern an dem errungenschaftlichen Vermögen auf den sie treffenden Antheil. Ein Gewohnheitsrecht finde darüber nicht statt. Bei Minderjährigen könne ohnedieß die Veräußerung nicht um die Taxe, sondern nur durch öffentliche Versteigerung unter Beiziehung eines Vormundes geschehen. (M. L. R. Tit. XVIII.) Die Taxation bezwecke nur die Gewinnung einer aproximativen Uebersicht des den Kindern werdenden Vermögens.

In den Erkenntnissen des k. A. G. vom 16. Dezember 1835 und des k. O. A. G. vom 11. Juni 1838 Nr. 1027³⁵/₃₆ wurde angenommen, das gemeine Recht (Thibaut, § 447) sei hier nicht entscheidend, denn es handle nur von der Brautgabe, während sich die Frage auf die Errungenschaft resp. einen Theil derselben beziehe; ferner spreche die Stelle des M. L. R. Tit. XVII. § 6 nur von dem Preise desjenigen, was die Kinder in die elterliche Masse zu conferiren, nicht aber vom Preise dessen, was sie hieraus zu erhalten haben, namentlich enthalte jene Stelle keine

gesetzlichen Bestimmungen dafür, daß Kinder mit der Inventurtaxe statt des Objektes selbst, oder dann sich zu begnügen hätten, wenn der wahre Werth des Objektes jene Taxe erweislich übersteigt. Allerdings sei ein wesentlicher Unterschied zwischen einer erklärten gänzlichen Auslieferung (Zufriedenstellung) und einer blosen erklärten Auslieferung desjenigen, was nach dem Inventaranschlage auszuliefern war. Im letzteren Falle liege ein Verzicht auf den höheren wahren Werth (Mehrerlös) nicht vor; dagegen sei Tit. XVI. § 13 des M. L. R. hier anwendbar, da wirklich eine Theilung und Ausscheidung des Vermögens der Vorkinder von jenem des überlebenden Parens in Frage sei [1].

Was die Entscheidung der Frage betrifft, so scheint die Differenz der Rechtsanschauungen darauf zu beruhen, daß man eine fortgesetzte Gütergemeinschaft der Vorkinder mit dem überlebenden Gatten und ein Gesammteigenthum zu Grund legte, und daher auch den dem Ueberlebenden zustehenden Nießbrauch in diesem Sinne aufgefaßt hat.

Im Allgemeinen kann eine Unterscheidung der Frage zwischen dem von dem verstorbenen Gatten zugebrachten Vermögen und zwischen seinem Errungenschaftsantheile insoferne nicht statthaft sein, als sich beide Vermögenstheile nach Lösung der Gemeinschaft zu zwei ganzen Massen in der Hand des überlebenden Gatten, und in der Hand der Erben des Verstorbenen — M. L. R. Tit. III. § 1, Tit. XIV. § 1 — rechtlich consolidiren.

---

[1]) Die Rechtsfrage blieb hiernach durch diese Erkenntnisse unentschieden, und wurde nur die behauptete Observanz als maßgebend zum Beweise ausgesetzt. Als Sachverständige wurden hierüber zwei Advokaten und ein ehemaliger Landgerichtsaktuar, im Alter von 70, 62 und 58 Jahren vernommen, deren Kenntniß der kurmainzer Praxis vermöge ihres Lebensalters so ziemlich in das vorige Jahrhundert zurückreichte. Von diesen erklärte der erste:

„Seither wurde der rechtliche Grundsatz festgehalten, daß das Vorkinder-Vermögen lediglich Eigenthum derselben verblieb, und der überlebende Gatte blos daran die Nutznießung hatte, daher mußte auch dieses Vermögen, wenn sich solches vorfand, in Natur ausgeliefert werden, also in dem nämlichen Werth, welchen die Sache an sich hatte. Stieg dieser Werth inzwischen, oder wurde die Sache während des Nutzgenusses der Eltern in höherem Werthe veräußert, so wuchs dieser den Vorkindern, als Eigenthümern, zu, weil diese sogar auch den Zufall tragen mußten. Sollte auch ein Kind nach der Inventartaxe einstweilen ausgeliefert worden sein, so geschieht hiedurch keine Abmehrung (Abfindung), sondern das ganze Vermögen bleibt noch in einer Masse, und wenn alsdann dieses Vermögen höher oder geringer nachher veräußert wird, so muß das bereits nach dem Inventar ausgelieferte Kind noch an der Masse betheiligt bleiben, und so den Uebererlös in der Theilung erhalten, sowie auch den Mindererlös sich gefallen lassen, es sei denn, daß mit allseitiger Zufriedenheit der Betheiligten ein anderes Verfahren vorgenommen wurde."

Der zweite Sachverständige erklärte: „Die Kinder haben der Regel nach die Auslieferung ihres elterlichen Vermögens lediglich nach dem gefertigten Inventar und Status anzusprechen. Haben diese auf Inventar und Status eine Auslieferung geschehen lassen, und angenommen, so können sie keinen Anspruch mehr auf einen etwaigen Mehrerlös erheben."

Der dritte Sachverständige endlich deponirte: „Daß während seiner 36jährigen Praxis allerdings die Auslieferung der vorderen Ehekinder nach dem gefertigten Inventar geschehen sei, und zwar das Vorräthige in Natur, das Abgängige nach der Taxe. Ob man dieses als eine Observanz oder Gewohnheitsrecht ansehen könne, glaube er nicht, da es in dem Begriff der Errichtung eines Inventars liege, daß man wisse, worin das Vermögen der Vorkinder besteht, um solches seiner Zeit hiernach auszuliefern."

Der fragliche Rechtsstreit wurde nach Schluß des Beweisverfahrens durch Vergleich erledigt.

Sind diese Erben die leiblichen Kinder, so beginnt an dem Vermögen des Verstorbenen erbrechtlich der lebenslängliche völlige Nutzgenuß des überlebenden Gatten — M. L. R. Tit. VII. § 2 — also der Nutzgenuß an dem ganzen Vermögen, nicht blos an dem Zubringen, sondern auch an dem Errungenschaftsantheil des verstorbenen Gatten. Von dem Augenblicke des Todes an sind also die Kinder schon die Erben des Eigenthums jenes Gesammtvermögens, der überlebende Gatte ist der Erbe des gesammten Nutzgenusses, den er nur im Falle seiner Wiederverehlichung, und dann auf den Fall der Versorgung seiner Kinder diesen zurückgeben muß, so daß dann auch sein Erbrecht am Nutzgenusse ganz erlischt.

Wenn nun auch während der Dauer der Ehe (wie oben sub a gezeigt) das Miteigenthum an der Errungenschaft sich nicht auf ideelle Antheile an den einzelnen Errungenschaftsobjekten erstreckt, sondern nur wegen der ständigen Fluktuation der Errungenschaft ein Miteigenthum an der Gesammtmasse sein kann, so ändert sich doch dieses Verhältniß bei dem Tode eines Gatten, weil jetzt die Gemeinschaft der Ehe aufhört. Die Kinder sind nicht Erben ideeller, sondern Erben reeller Theile, also Erben der zum Einbringen und zum Errungenschaftsantheile ihres verstorbenen Parens gehörigen durch dessen Tod gesonderten Objekte geworden.

Diese Sonderung ist allerdings bis zu dem Zeitpunkte, in welchem ein Inventar zu errichten ist, nur eine rechtliche, und selbst mit dem Inventar tritt sie nur insoferne faktisch ein, als mit dem Inventar die Basis gesucht und festgestellt wird, auf welcher bei der Versorgung der Kinder nach Tit. VII. § 3 und 4 des M. L. R. die wirkliche Auslieferung geschehen muß.

Durch das Inventar werden also die Objekte nur in Zubringen und Errungenschaft der Gatten geschieden [1]), erst der Abtheilungsstatus setzt auch die Ausscheidung der Errungenschaft, welche rechtlich allerdings früher schon bestand, nach Objekten fest, jedoch so, daß die im Inventar verzeichneten Sachen in Natur zu Grund zu legen sind, und nunmehr eine förmliche Erbtheilung nach Tit. XVI. § 1 und 2 einzutreten hat. (O. A. G. E. vom 11. Juni 1838 $^{35}/_{36}$.)

Nach dieser Erbtheilung werden dann die Looszettel gefertigt, welche durch Anerkennung Rechtskraft erlangen. (Erk. des A. G. vom 17. Februar 1843 Nr. 2940. — Erk. des Rev.-G. vom 16. Juni 1763. J. S. Kämmerer gegen Frank.)

Gegen eine vertragsmäßige Anerkennung dieser Looszettel ist selbst die Einrede der laesio enormis nach M. L. R. Tit. XXXI. § 3 ausgeschlossen. (Erk. des Rev.-G. vom 16. Juni 1763 cit.)

Eine Vervortheilung durch eine Erbtheilung gemäß § 13 Tit. XVI. des M. L. R. kann daher nur dann geltend gemacht werden, wenn ein Irrthum bei der Berechnung stattfand, oder wenn Objekte der Erbschaft,

---

[1]) Daß das M. L. R. das Inventar nur als die Grundlage der Erbtheilung annimmt, geht unzweifelhaft aus Tit. VI. § 1 hervor, weil dort gewissen Personen (personae honoratiores) gestattet ist, eine eidliche Specifikation verschlossen zu überreichen, in den Begriff des Inventares also nur eine Aufschreibung der einzelnen Gegenstände des Vermögens gelegt wird, welche erst bei der wirklichen Theilung nach Tit XVI. § 11 geschätzt, und nach § 2 ibid. womöglich in Natur abgesondert, und den Erben übergeben werden sollen.

Rechte und Beschwerden nicht in Berücksichtigung gezogen wurden. Steigender oder fallender Werth der Objekte kann keinen Grund zur Berichtigung des Status abgeben, nur zur Währung (Eviktion) sind sich die Miterben nach Tit. XVI. § 3 und Tit XXV. § 5 des M. L. R. gegenseitig verpflichtet, d. h. zur Haftung, daß die ihnen durch den Looszettel zugetheilte Sache nicht aus einem vor der Uebertretung statt-gehabten Grunde abgestritten werde.

Man muß daher annehmen, daß die Kinder auf die ihnen auf Grund des Inventares zuzutheilenden Objekte einen Anspruch in Natur haben [1], auf welchen sie freilich verzichten können. Vorauszahlungen vor der Abtheilung sind dann auch allerdings an und für sich keine vollständige Abfindung, sondern sie begründen unter Umständen nur eine Collationspflicht (Tit. XVII. § 1 des M. L. R.), sie können aber mit Einwilligung der Kinder den Charakter der Abfindung annehmen nach dem Grundsatze »Volenti non fit injuria». Schlüßlich ist jedoch bei dieser Frage nicht zu übersehen, daß mit dem Tode des einen Gatten alle Theile seines hinterlassenen Vermögens dem überlebenden Gatten zum Nießbrauche verbleiben, daß daher immerhin an den dazugehörigen verzehrbaren Gegenständen durch Ausübung jenes Rechtes eine mehr oder minder namhafte Veränderung eintreten kann, welche sich die Kinder gefallen lassen müssen. (Erk. des Rev.-G. vom 12. März 1785, J. S. Münch gegen Münch.)

C. Aus den Eigenthumsrechten der Gatten folgt:

1) Rücksichtlich des Gemeingutes: a) Gleichberechtigung beider Gatten unter Aufrechthaltung der dem Ehemann zukommenden obersten Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten (§ 82) und der Schlüsselgewalt der Frau (§ 84); b) Unfähigkeit des einzelnen Gatten zu allen außer den Ehezwecken gelegenen, das Gesammtgut berührenden Verfügungen unter Lebenden, insbesondere zu Schenkungen (§ 75); c) Statthaftigkeit letztwilliger, einseitiger oder gemeinschaftlicher Verfügungen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der dem einzelnen Gatten bei Auflösung der Gemeinschaft gebührende Antheil an der Errungenschaft nicht überschritten, und der den Kindern und Eltern gebührende Pflichttheil nicht verkürzt wird.

2) Rücksichtlich der Sondergüter gelten die Principien des Dotalrechtes unter Berücksichtigung des Einflusses der eheherrlichen Gewalt des Mannes (§ 82), und des Umstandes, daß die Lasten des Ehestandes gemeinschaftlich sind, und daß der Gemeinschaft an dem Sondergute jedes Gatten der Nutzgenuß zusteht, daß daher auch über das Zubringen nur auf den Todesfall verfügt, dasselbe aber nicht willkührlich den Ehezwecken entzogen werden kann.

II. Besondere Rechte der Gatten.

§ 82.

1) Rechte des Mannes.

Die Aeußerungen des M. L. R. darüber, wie es die Rechte des Mannes in Beziehung zu dem Ehevermögen, namentlich zu dem Zu-

[1] Erk. des Rev.-G. vom 12. März 1785, J. S. Münch gegen Münch, „die Auslieferung der Kinder hat in natura zu geschehen, verloren gegangene Aktive haben sie sich abziehen zu lassen; Verbesserungen kommen nicht in Abzug, wenn nach der Inventartaxe ausgeliefert wird."

bringen der Frau auffasse, sind äußerst dürftig, obgleich es der Aufstellung eines Principes bedurft hätte, um die Wirkungen sowohl auf die persönlichen Verhältnisse als auf die Vermögensverhältnisse mit Sicherheit bemessen zu können.

Zunächst könnte man veranlaßt sein, sich der Idee einer ehlichen Vormundschaft zuzuneigen, nachdem gemäß Tit. V. § 13 des M. L. R. die Vormundschaft über eine minderjährige Frau durch ihre Verehlichung aufhört, und man annehmen könnte, es geschehe dieses deßhalb, weil sie durch die Ehe unter die Vormundschaft des Ehemannes gelange. Der Umstand, daß das M. L. R. eine eigentliche Geschlechtsvormundschaft nicht kennt, könnte dieser Ansicht nicht im Wege stehen, weil die Rechtsgeschichte nachgewiesen hat, daß die ehliche Vormundschaft nicht selten vorkommt, wo die Partikulargesetzgebung die vielfach übliche eigentliche Vormundschaft über unverehlichte großjährige Frauenspersonen abgeschafft hat. Gleichwohl würde man die Bestimmung des M. L. R. Tit. V. § 12 zu weit ausdehnen, wenn man auf eine fortdauernde Vormundschaft des Mannes über die Frau im eigentlichen Sinne des Wortes schließen wollte, weil sich der Tit. V. überhaupt nicht mit den ehlichen Verhältnissen befaßt, weil die Vormundschaft über einen minderjährigen Mann ebenso wie die Vormundschaft über die minderjährige Frau durch die Ehe aufhört, und etwa die letztere durch Uebertragung der Vormundschaft an den großjährigen Mann nur solange dauern könnte, bis die Frau selbst das Alter der Großjährigkeit erreicht hat. Das dem Manne allgemein, und auch von der Praxis des M. L. R. beigelegte Recht, die Frau außergerichtlich zu schützen, und sie bei Gericht zu vertreten, sowie ihr Vermögen zu verwalten [1]) (Erk. des Rev.-G. vom 3. November 1802, J. S. Lulai gegen Lulai), stimmt wohl eher mit dem deutschrechtlichen Begriffe des eheherrlichen Mundiums [2]), als mit

---

[1]) Eine mit dem M. L. R. Tit. II. § 21 übereinstimmende Verfügung enthält das fränkische Landrecht Thl. III. Tit. 96 § 3: „Wann nun zwo Personen, also ohne Geding und Vermächtnuß sich zusammen verheirathen, sie beide oder deren eines, haben beide in vorigen Ehen erzielte Kinder oder nicht, so bleiben jedoch einem jeden die Güter, so es dem andern zugebracht, oder in währendem Ehestande ererbet, oder sonsten bekommen hat, sein eigen, hat auch damit, wie sonsten ein jeder mit seinen selbst eigenen Gütern zu thun und zu lassen, und hat das andere Ehemensch an deren Eigenthum keinen Theil, jedoch gebührt dem Mann die Administration über solche seines Weibs eigene Güter."

[2]) Die Bestimmung des § 13 Tit. V. des M. L. R. ist offenbar nach Maßgabe ihres Ursprungs aus den deutschrechtlichen ehlichen Verhältnissen, aus dem Mundium, entstanden. (O. A. G. E. vom 27. Oktober 1865 Nr. 927^{64}/$_{65}$.) Das mundium maritale ist, neben der rechtlichen Gleichstellung beider Eheleute als Genossen, die das natürliche Verhältniß der Geschlechter zu einander ausprägende Gewalt des Mannes über seine Gattin. Den Kern und Mittelpunkt dieses Mundiums bildet die Schutzpflicht des Mannes, als des intellektuell und leiblich stärkeren Ehetheiles über das in beiden Beziehungen schwächere Weib. (Gengler, d. P. R. S. 917.)

Die Wirkungen des Mundiums betreffend, so muß nach Gengler a. a. O. S. 926 f.: a) der Ehemann für seine Frau zu Recht stehen, sie gerichtlich vertreten, nicht blos als curator ad litem, sondern uxorio nomine (§ 83), daher ohne Befähigung zur Leistung der ihr auferlegten Eide. Daß der Mann jedoch wegen der ihm am Frauengute zustehenden Rechte auch selbst schwören müsse, folgt aus der Natur der Sache. Bildet er die Gegenpartei seiner Gattin, so ist dieser, wo noch die Geschlechtsvormundschaft besteht, oder die Frau minderjährig ist, ein Beistand resp. Curator beizugeben; b) am Vermögen der Frau erhält der Mann Mitbesitz und Verwaltung; c) zu allen obligirenden gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen (Veräußerungen, Verschenkungen, Capitalsaufnahmen ꝛc.) der Frau, welche

jenem einer Vormundschaft, weil die großjährige Frau durch ihre Verehlichung die Fähigkeit nicht verliert, ohne Vormund sich selbst zu verpflichten. (M. L. R. Tit. IV.) Ebensowenig wird man das Verhältniß des M. L. R. auf die deutschrechtliche „Gewere" des Mannes zurückführen können, welche dem Sachsenspiegel angehört, aber in der Grundlage der rheinischen Statutarrechte, nämlich in dem Schwabenspiegel nirgends vorkommt.

Die Praxis nimmt diesen Theorieen gegenüber an, daß die bei der Abtheilung zu unterscheidenden drei Gütermassen: Sondergut des Mannes, Sondergut der Frau, und Errungenschaft als gemeines Gut, während der Ehe äußerlich nicht zu unterscheiden sind, weil sie in der Hand des Mannes zu einem Vermögen vereinigt sind. Ein in die Ehe eingebrachtes Vermögen der Frau ist immer als auf der Masse haftend anzusehen, und der beiden Gatten Güter sind als gemeinschaftlich nutzbares Gut zu betrachten, weil von dessen Einkünften die Lasten der Ehe bestritten werden. (M. L. R. Tit. III. § 3 und Tit. IV. § 1. — O. A. G. E. vom 27. Juni 1855 Nr. 502 54/55.) Mit dem Augenblicke der Verheirathung vertraut die Frau ihre Person dem Manne an (Heise und Cropp, jurist. Abhandl. Bd. II. Nr. 16 S. 426), daher überläßt das M. L. R. II. 21 dem Ehemann die Verwaltung des beiderseitigen Vermögens [1]).

Demjenigen, welchem die Verwaltung des Vermögens zukommt, muß aber auch die Befugniß zustehen, die darauf Bezug habenden Angelegenheiten, sie mögen streitiger oder nichtstreitiger Art sein, außergerichtlich oder gerichtlich zu besorgen [2]). (Erk. des k. A. G. vom

---

sich nicht auf ein von derselben ordentlich betriebenes Gewerbe beziehen, oder unmittelbar mit der Führung des Hauswesens zusammenhängen, z. B. das Annehmen von Dienstboten, ist die Zustimmung oder die nachträgliche Genehmigung des Mannes nothwendig, wozu wieder, wenn er Mitcontrahent sein, oder das Geschäft nur zu seinem Vortheile gereichen sollte, der minderjährigen Frau ein Curator beizugeben ist.

[1]) Obgleich der Ausdruck, daß der Vater die Administration des Vermögens der Mutter und der Kinder übernehme, nur bei der Einkindschaftung in Tit. II. § 21 des M. L. R. vorkommt, so kann doch diese Gesetzesstelle unbedenklich auch auf die gewöhnlichen Eheverhältnisse angewendet werden, weil durch die Einkindschaft der angenommene Vater dem leiblichen Vater rechtlich gleichgestellt werden soll. (§ 57.)

[2]) Im Allgemeinen stellt die Theorie die Regel auf, daß die Grundsätze der allgemeinen Gütergemeinschaft auch auf das Gemeingut der Errungenschaftsgemeinschaft anzuwenden seien. Mag man nun das einseitige Dispositionsrecht des Ehemannes bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unbeschränkt darstellen, so daß er die gütergemeinschaftlichen Grundstücke ohne Zustimmung der Frau veräußern darf, so ist damit doch nur eine Regel ausgesprochen, die in dem Wesen aller Gütergemeinschaft ihre Begründung finden muß. Der Mann erhält das gemeinschaftliche Vermögen nur in seine Gewalt, um zum Zwecke der ehlichen Genossenschaft darüber zu verfügen, und dieses ist die im deutschen Rechte begründete Basis aller ehlichen Gütergemeinschaft. Er ist nicht alleiniger Eigenthümer der Gütergemeinschaft, sondern nur Herr derselben, so daß er dieselbe nach Außen hin selbstständig zu vertreten hat. Im eigentlichen Sinne ist er dabei nur der freie und selbstständige Verwalter derselben, womit freilich das einseitige Dispositionsrecht durch onerose Akte unter Lebenden im Allgemeinen verbunden ist. Es mag auch zugegeben werden, daß der Zweck, zu welchem der Ehemann Herr der Gemeinschaft wird, nicht dazu führen kann, daß die Rechtsbeständigkeit seiner Verfügung über einzelne Objekte der Gemeinschaft davon abhängig gemacht wird, ob er von seinem Rechte einen zweckentsprechenden Gebrauch gemacht habe, weil seine Stellung als Herr der Gemeinschaft nach Außen eine solche Beschränkung nicht gestattet, aber es kann die Verfügungsgewalt des Mannes nie so weit gehen, daß er im Widerspruch mit dem

23. Dezember 1853 Nr. 188. — Erk. des k. A. G. vom 4. Februar 1862 Nr. 817.)

Man gelangt hiedurch zu der sog. äußeren Gütergemeinschaft im Gegensatze der eigentlichen allgemeinen oder inneren Gütergemeinschaft, bei welcher letzterer die Rechte der Gatten nicht blos durch äußerliche Repräsentation des Mannes, sondern vollkommen, und ihrer ganzen Substanz nach mit einander verschmolzen sind (Eichhorn, deutsche Rechtsgesch. I. § 62. 6, dessen Einleitung in das deutsche Pr. R. § 296. — Hasse, Zeitschr. Bd. 4 S. 68—71.)

Dieses System wird im Gegensatze zu der Gütergemeinschaft die Gütereinheit genannt. (Beseler, d. P. R. Bd. II. § 139 nennt dieses System die ehliche Gütervereinigung, Bluntschli, D. P. Bd. II. § 151, die Güterverbindung, Gerber, D. P. § 226, die Gütereinheit, ebenso Runde, D. ehl. Güterrecht § 33.)

Diese Ungezweitheit des Vermögens der Ehegatten hat ihren Grund darin, daß beide Gatten nothwendig einen Haushalt führen, daß demgemäß die Lasten der Ehe aus den Einkünften des beiderseitigen Vermögens, sowie aus dem Erwerb der Ehegatten bestritten werden müssen, und daß — durch die auf diese Weise bewirkte Verbindung des Vermögens zu einem gemeinschaftlichen Zwecke (zu einer Gesellschaft) beider Gatten — die Vormundschaft des Mannes einen ganz anderen Charakter angenommen hat, als die Geschlechtsvormundschaft über unverehlichte Frauen. (Heise und Cropp, Abhandl. II. S. 437. — Runde, Güterrecht § 3.)

Am deutlichsten stellt sich dieses Verhältniß dar, wenn man es auf den Begriff der Errungenschaftsgemeinschaft des M. L. R. als einer Nießbrauchsgesellschaft anwendet, welche ihre Rechte und Verpflichtungen gegen außen (Dritteren gegenüber), durch das Haupt der Gesellschaft ausübt, unter sich aber nach den Principien des Gesellschaftsrechtes gleich berechtigt ist [1]).

Die Rechte und Pflichten des Ehemannes, welche sich in Bezug auf die Gemeinschaft unter den Ehegliedern durch die Vermögensverwaltung, gegen Außen aber in der Vertretung der Gemeinschaft äußern, beruhen daher auf seiner Eigenschaft als Haupt der Ehegesellschaft, und sind begrenzt durch den vermögensrechtlichen Zweck der Ehe, welcher durch die Nutznießung erfüllt wird [2]).

Zwecke, wozu sie ihm eingeräumt ist, in der Weise davon einen Gebrauch machen könnte, daß das Wesen der Gütergemeinschaft — nämlich die genossenschaftliche Vereinigung zum Besten der Ehe — verletzt oder zerstört würde (Seufferts Archiv XVIII. 147), darum gestatten auch die Statute mit allgemeiner Gütergemeinschaft der Frau als Schutzmittel gegen solche zweckwidrige Verfügungen des Mannes die Reklamationsklage, und das M. L. R. eine Protestation Tit. IV. § 2.

[1]) Es ist jedoch hierunter nicht jenes von Gerber, d. P. R. § 235, aufgestellte, nur den kursächsischen Landen angehörige System des ehemännlichen Nießbrauches zu verstehen, welches durch Anwendung der römischen Grundsätze von der dos auf die germanische Gewere zu rechter Vormundschaft sich entwickelte, und die eigenthümliche Anschauung zur Grundlage hat, daß der Ehemann in Ansehung des gesammten Frauengutes Nutznießer sei, während nach M. L. R. beiden Ehegatten die Nutznießung zukommt, der Mann aber als Verwalter und Haupt der Familie die darin liegenden Rechte, wenn gleich nicht unumschränkt, ausübt.

[2]) Nach der gräfl. leiningenschen-grünstädtischen Successions- und Theilungsverordnung vom 12. Dezember 1726, in welcher die ehliche Errungenschaftsgemeinschaft ganz ähnlich wie im M. L. R. geordnet ist, wird in Tit. IV. § 8 bestimmt:

Es folgt hieraus von selbst, daß alle diese Rechte auf die Frau übergehen, wenn der Mann abwesend oder an der Geltendmachung seiner Rechte sonst, z. B. durch Geistesschwäche, Krankheit rc., verhindert ist [1]).

Bezüglich der Verwaltung des Mannes ist als Grundsatz des Nutzgenusses festzuhalten, daß dieser nur das Recht in sich schließt, von einer fremden Sache allen mit der Erhaltung der Substanz verträglichen Gebrauch zu machen, und deren Früchte zu ziehen. Das Eigenthum des Zubringens (soweit es nicht in verzehrbaren Sachen besteht [§ 81], welche in das Eigenthum des Nutznießers übergehen), bleibt daher dem betreffenden Gatten; der Mann darf folglich über das Einbringen [2]) der Frau nicht weiter verfügen, als es unbeschadet der Substanz des Einbringens geschehen kann [3]).

Was dagegen die Errungenschaft betrifft, an welcher während der Ehe beiden Gatten ideelle Antheile zustehen, so ist der Mann als Eheherr unbeschränkt zu Verfügungen darüber, soweit die Ehezwecke (§ 94) reichen, und in der Weise berechtigt, daß er dadurch das Errungenschaftsvermögen vollkommen verpflichtet. Geschieht aber die Verfügung zu Sonderzwecken, z. B. zur Zahlung seiner vorehlichen Schulden, oder Delikts- und Spielschulden, zu Hauptausbesserungen seines Zubringens rc., so verpflichtet sie auch weder die Errungenschaftsgemeinschaft (d. h. diese hat dafür Ersatzansprüche) noch den anderen Gatten. (M. L. R. Tit. IV. § 1. — Kraut, Vormundschaft Bd. II. S. 445 ff.)

Verwendungen des Mannes zu Sonderzwecken müssen dann aus seinem eigenen Vermögen ersetzt werden, weil er damit die Grenzen seiner eheherrlichen Befugnisse überschritten hat, ohne daß es nothwendig wird, seine Befugnisse auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Mandates zurückzuführen.

Was von der gesammten Verwaltung gilt, gilt natürlich auch von einem Theile derselben, nämlich von der Veräußerung der Bestandtheile des Ehevermögens, oder von der Belastung desselben mit Schulden.

Von den letzteren handelt das M. L. R. in Tit. IV.

In stehender Ehe und nachher bis zur Theilung haben die Gatten eben wegen der unter ihnen bestehenden Societät und communio bonorum gehörige Treue, Sorge und Fleiß anzuwenden, wenigstens so, wie man es in seinen eigenen Sachen zu thun gewohnt ist (media diligentia), und deren Unterlassung (culpa levis in concreto) verbindet den anderen Theil auf Erfordern zum Schadenersatz.

Nach fränk. L. R. Thl. III. Tit. 96 § 3 zieht schon die dem Ehemanne gebührende Verwaltung auch bei Gütertrennung in gewissen Fällen eine Gütergemeinschaft nach sich, aus welcher das Miteigenthum beider Gatten, sei es an allen, sei es an besonderen Gütern, folgt. (Schneidt, elementa juris francon. § 93.)

[1]) Schwabenspiegel cap. 10 § 2 „daz ist davon, daz der Mann des Wibes Voget ist, und ir Meister."

[2]) Das M. L. R. hat bezüglich des Einbringens nirgends einen Unterschied zwischen Mobilien und Liegenschaften gemacht, beide Arten haben auch als Werthe gleiche Bedeutung für den Eigenthümer, abgesehen davon, daß sie leicht in die eine oder andere Art verwandelt werden können.

[3]) Erk. des Rev.-G. vom 20. März 1779, J. S. Weidner gegen Creditores. — Jede Veräußerung des Mannes von Illaten der Frau begründet deren Protestation und Einsprnch. Veräußerungen der errungenschaftlichen Güter sind dem Manne während der Ehe als gesetzlichem Verwalter und Vertreter dann gestattet, wenn der Kaufpreis als Surrogat eintritt. (Erk. des Rev.-G. vom 3. November 1802 J. S. Lulai gegen Lulai.)

Was die Veräußerungen des Ehevermögens durch den Mann betrifft, so erwähnt das L. R. diese Materie nur in Tit. XXIII. § 7, wo es den Verkauf des in Liegenschaften bestehenden Heirathsgutes oder der dos, sowie des Zubringens der Frau dem Manne untersagt, wenn nicht die Frau nach Belehrung über ihre weiblichen Vorzugsrechte dazu gewilliget hat. (Erk. des Rev.-G. vom 1. März 1796, J. S. Raphael gegen Volz. — Erk. des Rev.-G. vom 1. Oktober 1800, J. S. Wirth gegen Büttner.)

Daß indeß das M. L. R. damit den Verkauf der zugebrachten Mobilien der Frau (§ 25 nr. 4) gestattet habe, läßt sich per argumentum a contrario hieraus nicht schließen, weil aus dem ganzen § 7 erhellt, daß hier nur die nach dem System des M. L. R. möglichen Schutzmittel gegen die Veräußerung von Liegenschaften durch Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Verkaufes binnen 10 Jahren der Frau gewährt werden sollten, indem das M. L. R. einen Eintrag des Eigenthumstitels im Hypothekenbuche nicht kannte, folglich auch einer Benachtheiligung der Frau auf diese Weise nicht vorgebeugt werden konnte. Durch den Nachsatz, „obschon sie sich an ihrem Manne wegen des Heirathsgutes oder Zubringens nicht mehr erholen könnte", ist vielmehr auf die Berechtigung der Frau wegen ihres zugebrachten Mobiliars auf Tit. XXII. § 1 nr. 11, § 3 und § 4 verwiesen, wonach ihr durch das Separationsrecht, durch eine privilegirte und stillschweigende Hypothek ausdrücklich der Weg eröffnet ist, wie sie sich wegen zugebrachten beweglichen Heirathsgutes oder Illates an ihrem Manne „erholen" könne.

Eine absolute Nichtigkeit des Verkaufes von Mobilien der Frau Seitens des Mannes konnte des allgemeinen Verkehres wegen nicht verordnet werden, denn es liegt im Verkauf eine Ausübung der männlichen Verwaltung, damit ist aber dem Manne noch nichts weniger als die Befugniß gegeben, Heirathsgut oder Illat der Frau, wenn es in Mobilien besteht, ohne Haftung für einen solchen Akt seiner Verwaltung verkaufen zu dürfen, weil damit der fernere Gebrauch solcher Güter zum Zwecke der Gemeinschaft, wie ihn Tit. III. § 3 des M. L. R. vorschreibt, unmöglich gemacht, oder ganz der Willkühr des Mannes preisgegeben wäre [1]).

Die Frau ist daher immer befugt, für die Sicherheit ihres Zubringens, es bestehe in Liegenschaften oder Mobilien, zu sorgen, selbst zur Zeit, wo noch keine Verletzung vorliegt (A. G. E. vom 1. Dezember 1865 Nr. 2664); sie ist es bei jedem Veräußerungsfalle, und der geringste Verlust rechtfertigt ihren Einspruch [2]). (Erk des Rev.-G. vom 20. März 1779, J. S. Weidner gegen Creditoren.)

Die gerichtliche Protestation gegen solche Veräußerungen des Mannes findet analog der Protestation gegen Schulden nach M. L. R.

---

[1]) Hiemit ist jedoch die Frage nicht zu verwechseln, inwiefern das Illat der Frau, obgleich es deren Eigenthum ist, zur Bezahlung von Eheschulden als Executionsobjekt dienen kann.

[2]) Auch das bayr. L. R. cod. Maximil. I. c. VI. § 32 nr. 4 § 33 nr. 1 vindicirt dem Manne nur die Verwaltung. Das fränk. L. R. gewährt der Frau die reclamatio uxoria (Tit. 104 § 5. 9. 10), wenn ein einseitiger Contrakt des Mannes zu ihrem merklichen Schaden gereicht.

Tit. IV. § 2 statt [1]), und ist solange wirksam, als die Kenntniß der Frau und ihre stillschweigende oder ausdrückliche Einwilligung nicht nachgewiesen ist. (Erk. des Rev.-G. vom 20. März 1779, J. S. Weidner gegen Creditoren.)

Da auch das Einbringen des Mannes den Ehezwecken dient, so kann er ebensowenig als die Frau berechtigt sein, dasselbe ganz oder theilweise während der Dauer der Gemeinschaft aus derselben durch Veräußerung ohne Bewilligung des dabei indirekt betheiligten anderen Gatten zurückzuziehen [2]).

Anders verhält es sich mit den errungenschaftlichen Mobilien und Immobilien; an diesen sind während der Ehe bestimmte Rechte der einzelnen Gatten gar nicht denkbar, sie treten vielmehr erst bei der Abtheilung hervor, und auch da nur insoweit, als nach Zahlung der Eheschulden und nach Abzug des Einbringens etwas übrig bleibt. Gerade so, wie dem Manne als Vermögensverwalter der Ankauf von Mobilien oder Immobilien für die Errungenschaft zusteht (M. L. R. Tit. III. § 5), gebührt ihm das Recht der Veräußerung ohne Einwilligung der Frau [3]), er ist sohin auch in Rechtsstreiten über errungenschaftliche Güter jedenfalls allein legitimirt.

Dieses Verwaltungsrecht des Mannes ist auch im Falle der Minderjährigkeit der Frau nicht durch vormundschaftlichen oder obervormundschaftlichen Consens eingeschränkt (M. L. R. Tit. V. § 13); denn

---

[1]) Veräußerungen des Ehevermögens oder einzelner Bestandtheile desselben sind in ihrer Wirkung der Aufnahme von Schulden gleich, denn durch beide tritt eine Vermögensminderung ein, wenn nicht der Erlös der ersteren und das Kapital der letzteren zur Wideranlage verwendet wird. Die im Gesetze gestattete Protestation steht also blos der stillschweigenden Einwilligung bei erfolgter Kenntniß gegenüber, und ist sowohl dem Ehemanne als der Ehefrau zugestanden, wodurch deren gleiche Berechtigung am Ehevermögen, wenn auch nicht an der Verwaltung, erhellt.

[2]) Die Frankf. Reform. verordnet Thl. III. Tit. VI. § 4: „Da auch einig liegend Gut Einem der Ehegemahlen gleich allein zustendig wäre, so soll es doch dasselbig ohne Verwilligung des Andern zu verkaufen, oder zu verpfänden nicht Macht haben". Wenn auch das M. L. R. diesen Satz nicht ausdrücklich ausspricht, so geht er doch aus seinem Hypothekensystem unzweifelhaft hervor. Denn nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 u. § 3 dient das Vermögen des Mannes als Unterpfand für das Heirathsgut und Zubringen der Frau, und nach Verordnung von 1785 nr. 11 u. 15 (vid. Beil. zu Tit. 19) kann der Mann solche Güter, worauf ein stillschweigendes Pfandrecht haftet, weder veräußern noch weiter verpfänden. (Erk. des Rev.-G. vom 1. März 1796, J. S. Raphael gegen Volz.)

[3]) Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Frau wegen solcher Veräußerungen, wenn sie nicht zu Ehezwecken geschahen, oder wenn der Kaufpreis nicht als Surrogat dem Gemeinschaftsvermögen zu gut kam, nicht ein Ersatzanspruch bei der Abtheilung zur Seite stehe. (Vergl. § 149—151. — Erk. des Rev.-G. vom 3. November 1802. J. S. Lulai gegen Lulai.)

Mit Zuhülfenahme des gemeinen Rechtes lassen sich für das Veräußerungsrecht des Ehemannes bezüglich der Mobilien, sei es des Heirathsgutes oder des Zubringens der Frau folgende Regeln aufstellen, die Veräußerung muß sich die Frau gefallen lassen: 1) wenn sie ihr zum Nutzen gereicht. l. 26. 85 D. (23. 3); 2) bei Noth- und Zwangsveräußerungen, welche die Frau oder die Gemeinschaft betreffen. l. 1. D. (23. 5), Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R.; 3) bezüglich vertretbarer Sachen, welche nach Zahl, Maß oder Gewicht berechnet werden. l. 42. D. (23. 3), wozu auch jene Gegenstände gehören, womit der Mann zu handeln pflegt; 4) bei Sachen, welche dem Manne verkaufsweise überlassen sind. l. u. § 15 C. (5. 13) Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R.

dieses Recht ist nicht aus einem Akte freier Disposition der Frau über ihr Vermögen herzuleiten, wozu dieselbe nach den gesetzlichen Bestimmungen die gehörige Verstandesreife eines Volljährigen nöthig hätte, sie beruht also weder auf der Geschlechts= noch auf der ehlichen Vormundschaft, sondern sie ist unmittelbare Folge des ehlichen Verhältnisses selbst, welche nicht weniger bei einer minderjährigen, als bei einer volljährigen Frau eintritt. Eine Ausnahme wird jedoch stattfinden, wenn die minderjährige Frau mit ihrem Manne selbst contrahirt, wie z. B. durch einen nach der Ehe abgeschlossenen Ehevertrag. Hier kann natürlich der Mann als Mitcontrahent nicht zugleich als Vormünder der minderjährigen Frau auftreten (Verordnung von 1785 nr. 5, Beilage zu Tit. XIX.), und ebensowenig können noch deren Eltern als ihre gesetzlichen Vertreter betrachtet werden, weil die elterliche Gewalt durch die Ehe gelöst wurde. Anders gestaltet sich auch das Verhältniß für den minderjährigen Mann, welcher bei allen vermögensrechtlichen Verfügungen, welche den Kreis der gewöhnlichen Familienangelegenheiten überschreiten, vor wie nach der Ehe bis zur erlangten Großjährigkeit an die Zustimmung eines Vertreters (Specialcurators) gebunden ist. (Mittermaier, d. P. R. § 382 VII.) Es kann dieser Vertreter jedoch immer nur ein Curator ad hunc actum sein, weil die förmliche Vormundschaft nach M. L. R. Tit. V. § 13 aufhört, wiewohl der Mann dadurch nicht großjährig wird, und daher zur Schließung von Rechtsgeschäften mit Dritteren eines Curators bedarf, denn die eigentliche Ursache des ehlichen Güterrechtes ist die Einheit des ehlichen Haushaltes und die Herrschaft des Mannes im Hause, welche beide von der Volljährigkeit des Ehemannes nicht abhängen.

Aus der dem Manne zustehenden Verwaltung, und aus dem ehlichen Nießbrauch folgt ferner, daß er von der Frau das versprochene, oder gemäß Tit. III. § 2 des M. L. R. zum Ehevermögen zu ziehende, aber vorenthaltene Illat fordern kann. Es ist daher von der Frau ihr ganzes vorehliches Vermögen, und das während der Ehe mit dem Charakter eines Einbringens Erworbene in die Ehegesellschaft zu bringen, wenn nicht durch Verträge unter den Gatten etwas Anderes verabredet wurde. Dasselbe Recht steht auch der Frau gegen den Mann zu, jedoch blos wegen des ihr an der Nutzung seines Vermögens gebührenden Errungenschaftsantheiles.

Demgemäß sind auch die Rechte verschieden, welche die Gatten zur Sicherung ihres Illates ansprechen können. Der Frau allein gebührt nach Tit. I. § 7, Tit. XIX. § 4, Tit. XXII. § 1 nr. 11 § 3 und § 5 Sicherheit, daß ihre Illate dem Zwecke der gemeinschaftlichen Haushaltung nicht entzogen werden, dem Manne kann nach der Natur der Sache dieses Recht der Frau gegenüber nicht zustehen, weil sich das ganze Ehevermögen in seiner Verwaltung und Hand befindet, und er sich selbst eine Sicherheit für den rechtmäßigen Gebrauch seiner Befugnisse nicht leisten kann [1]).

§ 83.

Gegen Außen wirkt das Recht des Mannes, als Haupt der Gesellschaft, durch seine Vertretung (§ 82 in not.). Es fragt sich

1) Dem Verwaltungsrechte des Mannes steht ein beschränkteres ähnliches Recht der Frau gegenüber, wovon weiter unten bei den Rechten der Frau zu handeln ist. (§. 84.)

hiebei, gegen wen die Klagen, deren Grund in den ehlichen Güterverhältnissen liegt, mit Erfolg gerichtet werden können [1]).

Im Allgemeinen kann nicht bezweifelt werden, daß Demjenigen, welchem die Verwaltung einer Sache zusteht, auch die Befugniß gebührt, die darauf Bezug habenden Angelegenheiten, sie mögen streitiger oder nicht streitiger Art sein, außergerichtlich, oder gerichtlich zu besorgen. Die Prozeßführung macht daher sicherlich, wenn sie eine auf dem zu verwaltenden Vermögen ruhende, mit Einwilligung beider Gatten gemachte Eheschuld betrifft, einen Theil der Verwaltung selbst aus, und es muß daher dem Manne als Vermögensverwalter die Obliegenheit zukommen, Rechtsstreite dieser Art passive zu übernehmen. (A. G. E. vom 4. Februar 1862 Nr. 817.)

Bezüglich der Paraphernalgüter ist dieses im gemeinen Rechte l. 11 C. (5. 14) ausdrücklich ausgesprochen, indem der Mann als Geschäftsführer über die ihm anvertrauten Paraphernalgüter angesehen und angenommen wird, er verwalte diese aus einem ausdrücklichen oder vermutheten Mandat seiner Frau, so daß er wegen jener Güter auch vor Gericht handeln kann, ohne daß ihm die Genehmigung der Frau abgefordert werden darf.

Um so mehr muß dieses Verhältniß angewendet werden, wenn der Prozeß zugebrachte Güter betrifft, welche dem Gebrauche nach gemeinschaftlich, und nicht strenges Sondergut der Frau wie ihr Paraphernalvermögen und überdieß zweifellos in der Verwaltung des Mannes sind, oder gegen die Errungenschaftsmasse gerichtet ist, oder wenn umgekehrt ein Recht gegen Drittere in Anspruch genommen oder verfochten wird. (A. G. E. vom 4. Februar 1862 Nr. 817.)

Im Uebrigen können jedoch die Grundsätze des gemeinen Rechtes bezüglich klagbarer Verträge der Eheleute, wornach: a) der Mann bei Verträgen, welche er selbst abgeschlossen hat, auch allein zu belangen ist, und gegen die Frau keine actio de in rem verso stattfindet, weil der Mann die Lasten der Ehe zu tragen hat, b) die Frau als Contrahentin belangt werden kann, selbst wenn sie das Erhaltene zum Zwecke der Ehe verwendet hat, während gegen den Mann nur soweit er bereichert ist, Klage statthaft ist (Thibaut, P. S. § 368), nicht auf das System des M. L. R. volle Anwendung finden, weil das gemeine Recht von der Voraussetzung völliger Gütertrennung ausgeht.

Wollte man dagegen die Grundsätze des gemeinen Rechtes über das Verhältniß der Gesellschaftstheilhaber zu Dritteren beobachten, weil feststeht, daß die Ehe in güterrechtlicher Beziehung einen Gesellschaftsvertrag darstellt, so würde sich gemeinrechtlich folgendes Verhältniß ergeben.

Die Gesellschaftsklage (actio pro socio) findet nur unter den Gesellschaftsmitgliedern selbst, also unter den Gatten oder ihren Erben

---

[1]) Vor Allem ist hier nicht zu übersehen, daß es sich nicht um die gegenseitige Haftungs- und Regreß-Pflichtigkeit der Ehegenossen, sondern nur um die Vertretung der Gemeinschaft nach Außen handelt. Die erstere Frage der wechselseitigen Haftung aus Rechtsgeschäften gehört unter Tit. IV. des L. R. Sowie sich im inneren Rechtsverkehr der Familie mehr der Charakter der Frau als Ehegenossin ausprägt, so erscheint nach Außen die bevorzugte Stellung des Mannes als Ehevogt, Beschützer und Vertreter der Familie, und als deren Repräsentant. (Vergl. § 167 not. über die Vertretung der Kinder durch die Wittwe)

statt; haben sie mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, so ist diejenige Klage anzustellen, welche aus jenem Rechtsgeschäfte entspringt.

Es entstehen hiebei die zwei Hauptfragen: A. wer von der Gesellschaft kann gegen den Dritteren klagen, B. wer von der Gesellschaft kann von dem Dritten verklagt werden?

Zu A. Haben sämmtliche Gesellschaftsmitglieder, also beide Gatten den Vertrag gemeinschaftlich abgeschlossen, so kann jeder nur nach dem Verhältnisse seines Antheiles berechtigt und verpflichtet werden. l. 11 § 1 D. (45. 2) l. 9 C. (4. 2) l. 4 pr. D. (14. 1) l. 44 § 1 D. (21. 1.) Diese Antheile der Gesellschafter sind aber nach den bestimmten Gesetzen l. 4 pr. und l. 44 § 1 D. l. c. nicht nach Köpfen, sondern nach dem Gewinn und Verlust der Gesellschafter zu bemessen (also gemäß Tit. III. § 1 des M. L. R. nach Schwert= und Rockentheil), obgleich dem Dritten das besondere Verhältniß der Gatten ganz gleichgültig sein mag.

Haben dagegen nicht beide Gatten, sondern nur einer den Vertrag geschlossen, und zwar a) der Mann als Verwalter der Gemeinschaft (Vorsteher oder Faktor der Gesellschaft), so muß eigentlich dieser klagen, die Frau kann nur dann klagen, wenn ihr die Klage vom Manne cedirt wird. l. 38 § 17. l. 126 D. (45. 1) l. 1 § 18 D. (14. 1) l. 1. 2. D. (14. 3) l. 5 D. (46. 5) l. 13 § 2 D. (19. 1.) b) Hat die Frau das Geschäft geschlossen, so kann der Mann nur dann klagen, wenn er die Frau beauftragt hat, oder wenn er wenigstens den Vertrag genehmigt hat, aber nur nach dem Verhältnisse seines Antheiles an der Errungenschaft. (Thibaut, P. S. § 544.)

Zu B. Haben alle Gesellschafter contrahirt, so können sie, wie schon erwähnt, auch alle pro rata ihres Antheiles am Gewinn oder Schaden belangt werden.

Haben nicht alle Gesellschafter an dem Vertragsabschluß Theil genommen, sondern nur a) der Mann, dann haftet auch die Frau solidarisch l. 14 D. (14. 1) l. 1 § u. l. 2. eod. l. 13 § 2 l. 14 D. (14. 3), und zwar ohne das Recht der Theilung „ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit" l. 2 D. (14. 1). Daß dann der Gatte, welcher eine solche Societätsschuld ganz getilgt hat, seinen Regreß gegen den anderen nehmen kann, versteht sich von selbst, b) hat die Frau den Contract im eigenen Namen geschlossen, so wird sie daraus in solidum verpflichtet, und der Mann haftet daraus nicht weiter, als er bereichert ist, und dann ist jeder Gatte nur auf seinen Antheil zu belangen. l. 82 D. (17. 2) l. 10. § 4 l. 13 D. (15. 3). (Glück, Commentar Bd. 15 S. 460 ff. — Vangerow, Lehrb. der Pand. Bd. III. S. 453 ff.)

Wollte man diese Theorie auf das M. L. R. anwenden, so würde thatsächlich doch nur selten davon Gebrauch gemacht werden können, weil der Mann vermöge seines Verwaltungsrechtes es fast ausschließlich sein wird, welcher mit dritteren Personen in Geschäftsverbindungen tritt, während der Frau nur der beschränkte Kreis ihrer Haushaltungsgeschäfte angewiesen ist.

Wie dann diese Verhältnisse unter den Gatten zu ordnen sind, ist für den Gläubiger ebenso gleichgültig, als die Frage, ob, wenn der Mann mit ihm contrahirt hat, die Ehefrau eigenes Vermögen besitzt, oder nicht, solange nur das Vermögen der Ehe in der Hand des Mannes

zu seiner Befriedigung hinreicht. (Erk. des A. G. vom 3. März 1853. Nr. 424.)

Immerhin bleibt auch zwischen der Dispositionsbefugniß der Gatten in ihrer wechselseitigen Beziehung, und dem Rechte, die daraus entstandenen Prozesse zu führen, ein wesentlicher Unterschied. (O. A. G. E. vom 9. August 1847. Nr. 1027 45/46.)

Wenn man daher auch annimmt, daß das gemeine Recht auf das gesellschaftliche Verhältniß unter den Gatten selbst volle Anwendung findet, so prägt sich doch darin Dritteren gegenüber eine Einheit aus, welche nur von dem Manne, aber nicht kraft eines Mandates der Frau, oder einer negotiorum gestio (Geschäftsführung für einen Fremden) oder als institor, sondern kraft seiner eheherrlichen Rechte repräsentirt wird.

Wollte man einer Unterscheidung der Ehegüter in Heirathsgut, Zubringen und Errungenschaft einen Einfluß auf die Beurtheilung der Rechte des Mannes gestatten, so ist dagegen zu erwägen, daß a) während der Ehe eine reale Trennung der Güter nicht denkbar ist, b) daß bis zu dieser Abtheilung die gesetzliche Vermuthung nach Tit. III. § 4 für die Errungenschaft spricht, daß aber c) die Schulden vor Allem aus der Errungenschaft bezahlt werden müssen, und der Ehegewinn der Errungenschaft zuzurechnen ist, daß also alle Verträge, sie mögen Rechte oder Verbindlichkeiten bewirken, soferne sie während der Ehe geschlossen wurden, principiell auf der Errungenschaft ruhen, und die Ansprüche der einzelnen Gatten gegen die vereinigte Masse erst bei der Abtheilung geltend gemacht werden müssen. (Erk. des k. O. A. G. vom 19. Juli 1864. Nr. 772 63/64.)

So wird man auch bei obiger Ausscheidung der Güter zu dem Ergebnisse gelangen, daß der Mann als Vertreter der Errungenschaft damit auch der Vertreter aller Rechte und Verbindlichkeiten ist, welche, aber erst bei der Abtheilung, das Sondergut berühren.

Daraus fließt auch der Grundsatz, daß die Frau, mit Ausnahme ihres eigenthümlichen Wirkungskreises (zu ihrem gemeinen Hauswesen M. L. R. Tit. IV. § 2 Abs. 1), zwar lästigen Rechtsgeschäften ihres Mannes einen wirksamen Widerspruch entgegensetzen (Melior est conditio prohibentis. M. L. R. Tit. IV. § 2 Abs. 2), aber nicht selbstständig handeln kann, daß sie folglich durch Handlungen innerhalb der Gränzen ihres Wirkungskreises auch die Errungenschaft verpflichtet, und wieder der Mann es ist, welcher diese Verpflichtungen gegen Drittere vertreten muß.

Es sind nun allerdings dem Ehemanne wesentliche Verfügungsrechte über das Sondergut der Frau entzogen, nämlich das Recht der Veräußerung, insbesondere der Liegenschaften, allein die Befugniß über ein liegendes Gut durch Kauf, Tausch ꝛc. zu disponiren, ist von der Befugniß, den über einen solchen Vertrag entstandenen Prozeß zu führen, wesentlich verschieden. Wenn auch der Ehemann ohne Einwilligung seiner Frau solche Güter rechtsgültig nicht veräußern kann, so steht ihm doch nach allgemeinem deutschen Privatrecht vermöge seines Mundiums unverkennbar die Befungniß zu, seine Ehefrau vor Gericht zu vertreten, und die Prozesse, welche das gemeinschaftliche Vermögen betreffen, allein und ohne Beiziehung seiner Ehefrau zu führen. (Erk. des O. A. G. vom 9. August 1847. Nr. 1027 45/46.)

Was von der gemeinschaftlichen Errungenschaft gilt, muß auch auf die Sondergüter Anwendung finden, weil auch diese während der Ehe

dem Gebrauche nach gemeinschaftlich sind. Diesem Rechte des Mannes gegenüber kann auch der Drittere, welcher mit einer Ehegesellschaft, sei es durch den Mann oder die Frau, oder mit beiden zugleich contrahirt, nur berechtigt sein, den ausschließlichen Vertreter der Ehegesellschaft zu belangen.

In der Kurmainzer Hofgerichtsordnung von 1755, welche allerdings durch die in ganz Bayern eingeführte Gerichtsordnung ungültig geworden ist, bestimmt Tit. VII. § 11: „Gleichermassen sollen, um Verhütung alles Disputirens, falls die Sach Eheweiber betrifft, und die Männer für dieselbige Klag führen, entweder Erstere die procuratores selbsten ad causam legitimiren, oder von denen Weiber Ihnen genugsame Vollmacht beigelegt werden."

Wenn gleich diese Gesetzesstelle aufgehoben ist, so läßt sich doch daraus erkennen, daß der Gesetzgeber nach seiner Auffassung des bestehenden Civilrechtes nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, „um Verhütung alles Disputirens" die Bevollmächtigung des Mannes durch die Frau verlangt hat, welche Formalität aber jetzt hinwegfällt, nachdem die ganze Hofgerichtsordnung ungültig geworden ist.

An die Stelle dieser Anordnung ist nun jene der Gerichtsordnung cap. III. § 6 Anm. a. nr. 5 getreten, nach welcher die Frau absolut unfähig ist, bei Gericht selbst aufzutreten, wegen der dem Manne zustehenden eheherrlichen Gewalt. Diese Unfähigkeit beschränkt sich nicht auf die Erhebung einer Klage, sondern sie erstreckt sich auf jedes Handeln vor Gericht, also auch auf den Fall, wenn die Frau die Beklagte sein würde. Die blose Adcitation des Mannes kann dieser Unfähigkeit nicht abhelfen, weil mit der Gestattung des rechtlichen Gehöres für den Mann, diesem immer noch das Recht bleibt, die Einwilligung zur selbstständigen Handlung der Frau zu verweigern, und weil bei Mangel einer deßfallsigen Erklärung sein Consens nicht vermuthet werden kann, in beiden Fällen aber alle Handlungen der Frau nichtig sind. (O. A. G. E. vom 22. Oktober 1846. Nr. 1 $^{46}/_{47}$. — O. A. G. E. vom 6. Mai 1856. Nr. 593 $^{55}/_{56}$. — O. A. G. E. vom 20. Juni 1857. Nr. 797 $^{56}/_{57}$.)

Endlich ist noch die Frage übrig, ob der Frau oder dem Manne die gerichtliche Vertretung vorehlicher Schulden der Frau zukommt. Es wurde für die erstere Ansicht Folgendes geltend gemacht: Wenn auch nach M. L. R. das von der Frau eingebrachte Vermögen vom Manne zu verwalten ist, und wenn auch die Nutznießung daraus einen Theil der Errungenschaft bildet, so erleidet doch hiedurch das zwischen der Frau und ihren Gläubigern vor ihrer Verehlichung entstandene Obligationsverhältniß keine Veränderung, denn durch die Eingehung der Ehe wird kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Manne und einem derartigen Gläubiger seiner Frau begründet; der Ehemann tritt auch nach dem ehlichen Gütersystem des M. L. R. nicht in ein Schuldverhältniß zu diesem Gläubiger, vielmehr bleibt die Frau nach wie vor der Ehe demselben als Schuldnerin verpflichtet, und gemäß der ausdrücklichen Vorschrift Tit. IV. § 1 gehalten, die treffende, vor der Ehe contrahirte Schuld aus ihrem zugebrachten Vermögen zu bezahlen. In Folge dessen steht aber auch dem Gläubiger das Recht zu, eine Verurtheilung der Frau zur Berichtigung dieser ihrer Schuld zu erwirken, da das Forderungsrecht von selbst die Befugniß in sich schließt, dasselbe dem Schuldner gegenüber zu verfolgen. Demgemäß ist wohl der Ehemann kraft seines

Verwaltungsrechtes und ehlichen Schutzrechtes befugt, und berufen, seine Frau einer solchen Klage gegenüber bei Gericht zu vertreten, und ist ihm daher zur Wahrung seiner Interessen die Klage nach G. O. cap. VIII. § 4 nr. 5 mitzutheilen, er kann indessen den Gläubiger seiner Ehefrau nicht hindern, daß dieser sein Forderungsrecht gegen die letztere vor Gericht geltend macht, sondern muß es, wenn er von der Befugniß, seiner Frau Beistand zu leisten, keinen Gebrauch macht, geschehen lassen, daß nach G. O. cap. XIV. § 11 nr. 4 mit voller Rechtswirksamkeit auch ihm gegenüber die Klage gegen seine Frau durchgeführt, und ein diese verurtheilendes Erkenntniß an deren Eheeinbringen vollzogen wird. (A. G. E. vom 8. Oktober 1864. Nr. 2453.)

Abgesehen davon, daß es in den meisten Fällen, und namentlich wenn die Frau nur baares Geld in die Ehe gebracht hat, welches als verzehrbare Sache in die Gemeinschaft übergeht, schwer sein wird, das Eheeinbringen der Frau als Executionsobjekt noch herauszufinden, so dürften doch gegen diese Ansicht noch folgende Bedenken entstehen: a) daß die Heirath allerdings auch eine für den Gläubiger der Frau wesentliche Bedeutung insofern hat, als die Frau, welche vorher sui juris war, nunmehr unter das Mundium und die Vermögensverwaltung des Mannes kommt. (l. 12 pr. C. [8. 18] „daß der Ehemann Gebieter des Körpers, des Vermögens und der gesammten Lebensverhältnisse des Weibes ist".) b) Daß vorehliche Schulden allerdings auf dem Zubringen ruhen, daß aber solche Schulden ein Theil des Zubringens sind, daß man an und für sich schon Schulden aus dem Ertrage des Vermögens zu bezahlen pflegt, daß sie folglich während der Ehe aus den Nutzungen des Vermögens oder des Arbeitsverdienstes bezahlt zu werden pflegen, welche außerdem der Gemeinschaft anheimfallen würden, daß sohin auch die Zahlung vorehlicher Schulden Sache der Errungenschaft sein kann, namentlich wenn dieses der Mann bewilligt, und auch aus diesem Grunde dem Manne die Vertretung der vorehlichen Verbindlichkeiten, und umgekehrt der vorehlichen Rechtstitel gebührt, c) daß die Frage, wem bei der Abtheilung die vorehlichen Schulden zur Last fallen, oder vorehliche Berechtigungen zu gut kommen, eine innere Frage der Gesellschaftsmitglieder ist, und es dem Gläubiger gleichgültig sein muß, ob er seine Befriedigung aus der Frau Vermögen von dieser oder vom Manne verlangt (§ 95), gleichwie auch bei der Expromission dem Gläubiger ohne seine Einwilligung ein anderer Schuldner gegenübertritt (l. 8 § 5 D. [46. 2]), und daß dann eben der principielle Streitpunkt darin liegt, ob die Forderung gegen die Frau geltend gemacht werden kann und muß, und dem Manne der Streit zu verkünden ist, oder umgekehrt, d) daß der Tit. IV. von Zahlung der Schulden nach Auflösung der Gemeinschaft handelt (weil er mit Tit. III. § 3 des M. L. R. in unzertrennlicher Verbindung steht), aber nicht von der formellen Geltendmachung der Rechte und Forderungen, und endlich e) daß die Frau ohne Consens des Mannes nicht vor Gericht gezogen werden kann, ohne diesen Consens alle Verhandlungen nichtig sind, und durch die blose Streitverkündung an den Ehemann dessen nöthige Einwilligung zur Prozeßführung der Frau nicht ergänzt wird [1]).

---

[1]) Für diese Auffassung sprechen auch die bei ausgebrochenem Concurse eintretenden Bestimmungen des M. L. R. Der Mann kann dort kein Zubringen liquidiren, denn er hat der Frau nichts zugebracht, sondern diese bringt ihr Vermögen

Aus diesen Gründen dürfte die Ansicht den Vorzug verdienen, daß der Mann gleich wie in allen übrigen Rechtsangelegenheiten die Frau auch wegen vorehlicher Rechtsverhältnisse vor Gericht und außergerichtlich zu vertreten hat, ohne daß jedoch damit die Haftbarkeit der Frau gegen die Gemeinschaftsmasse oder das Sondergut des Mannes in irgend einer Beziehung eine Veränderung erleidet. — Es hängt dieses Recht des Mannes mit seiner hausherrlichen Gewalt zusammen, vermöge welcher er verlangen kann, daß kein Bestandtheil des Vermögens der Frau seiner Verwaltung, sei es durch einen eigenmächtigen Prozeß oder eine sonstige eigenmächtige Handlung derselben, entzogen werde. Schon die guten Sitten erfordern, daß der Mann Herr der Gemeinschaft sei, und daß der Frau erst die daraus für sie entstehenden Nachtheile vergütet werden. (l. 24 D. [24. 3].)

§ 84.

2) Rechte der Ehefrauen.

Vermöge ihrer natürlichen Stellung in der Ehe als Gehülfin des Mannes ist der Frau auch ihr Geschäftskreis vorgezeichnet [1]). Wo nun die Frau in dieser ihrer Sphäre als rechtmäßiges Organ bei Verfügungen über das gemeine Gut erscheint, da verpflichtet sie auch Dritteren gegenüber die Gemeinschaft rechtsbeständig, gerade so wie sie für die Gemeinschaft erwirbt. Es darf jedoch der Grundsatz, daß gemeinschaftliches Wollen und Handeln der ehlichen Genossenschaft, und eine Vertretung

---

dem Ehemann in die Ehe, und dieser ist der juristische Besitzer desselben; wäre der Mann nicht der Besitzer, so könnte der Frau kein Hypothekenrecht an seinem Gute eingeräumt sein, die Frau könnte nicht Gläubigerin ihres Mannes werden, sie könnte nicht wie jeder andere Gläubiger locirt werden, sie könnte nicht ihr Heirathsgut jure seperationis ansprechen. (M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11 § 3 u 5. — Erk. des H. G. von 1781. J. S. Klunkert gegen Hofheim. — Erk. des H. G. vom 9. Juli 1804. J. S. Brand gegen Brand. — Erk. des O. A. G. vom 19. Juli 1864. Nr. 772 63/64.)

[1]) Tacitus Germ. cap. 15 „delegata domus et penatium et agrorum cura feminis." Ungeachtet der umfassenden Rechte des Mannes war doch in Ansehung der in der Ehe zusammengeflossenen Güter in Deutschland auch stets der Frau ein Bereich ihrer Thätigkeit angewiesen, innerhalb dessen sie mit möglichster Freiheit schalten und walten sollte. Als Zeichen dieser der Frau anvertrauten Herrschaft legt die ausdrucksvolle Symbolik des germanischen Mittelalters der Frau die Schlüssel bei (Schlüsselgewalt). Darum legt die Wittwe die Schlüssel auf den Sarg des Gatten, wenn sich sich dem überschuldeten Nachlasse desselben zur Rettung ihres eigenen Vermögens entschlagen will.

Das Bamberger L. R. von 1769 § 18 nr. 4 definirt diese Befugniß: „gleichwie gewisse häusliche Geschäfte dem Weib allerdings aufliegen, als da seynd die Stands-mäßige Bekleidung ihr selbsten, und der Töchtern, Besorgung des weiblichen Hausgesinds, Kuchen, weisen Zeugs und dergl., also ist der Mann schuldig, dasjenige, was das Weib diesfalls handelt und wandelt, zu tragen und zu bezahlen." Diese Gewalt der Frau steht dem eheherrlichen Mundium des Mannes zur Seite, und beruht daher nicht auf einem Auftrage des Mannes, obwohl dieser jene Grenzen enger zu ziehen berechtigt ist, soferne der Frau die nöthigen Fähigkeiten zur Verwaltung abgehen, und damit die Haushaltung in Gefahr gerathen würde. Richterliche Hülfe kann die Frau wegen Beschränkung ihrer Befugnisse nur dann ansprechen, wenn darin eine Injurie zu finden ist. Erwiesene Verschwendungssucht berechtigt stets zur Entziehung dieser Schlüsselgewalt, auch kann dem Manne nicht verwehrt werden, von der Geschäftsführung der Frau Einsicht zu nehmen. (Gengler, d. Pr. R. Bd. II. S. 1107 ff. — Mittermaier, d. P. R. § 401 not. 25 S. 409.)

derselben durch die Frau erkennbar oder wenigstens zu vermuthen, und das einseitige Handeln der Frau unter diesen Gesichtspunkt zu stellen sei, nicht aufgegeben werden, wenn man sich nicht in die Idee eines Gesammteigenthums verirren, und von der eheherrlichen Gewalt des Mannes absehen will. Gleichwohl kann dabei der Begriff der Haushaltungsgeschäfte, deren Besorgung der Frau nach Sitte und Recht zusteht, in einem weiten Umfange genommen, und Alles darunter verstanden werden, was in Bezug auf die Führung und Erhaltung des Hauswesens geschieht, soferne der Aufwand nicht die Grenzen des der Gemeinschaft obliegenden standesmäßigen Unterhaltes der Familie überschreitet.

Hieraus folgt, daß dem Dritteren, welcher davon Kenntniß hatte, daß die Frau bei einem Vertrag gegen den Willen des Mannes handelte, die exceptio doli entgegengesetzt werden kann. l. 173 § 3 D. (50. 17) l. 42 D. (50. 17.)

Soweit sich die Frau in diesen Grenzen bewegt, bezieht sich auf ihre Handlungen die Bestimmung des Tit. III. § 5 auch rücksichtlich der mit dem Erwerb zusammenhängenden Haftung der Gemeinschaft [1]).

§ 85.

Sicherung der Frau wegen ihrer Vermögensrechte.

Der ziemlich umfassenden Vermögensverwaltung des Mannes gegenüber bedarf die Frau wegen jener Vermögenstheile, welche ihr oder ihren Erben nach der Abtheilung gebühren, auch schon während der Ehe eine genügende Sicherheit.

An der Spitze ihrer Rechte steht der aus dem Verwaltungsrecht des Mannes fließende und von der Praxis allgemein angenommene Grundsatz, daß die Ehefrau rücksichtlich ihres inferirten Vermögens Gläubigerin des Mannes wird. (O. A. G. E. vom 27. Juni 1855 Nr. 502⁵⁴/₅₅. — A. G. E. vom 1. Dezember 1865 Nr. 2664.)

Die Rechte, welche das M. L. R. der Frau gegenüber den Gläubigern des Mannes in Tit. XXII. gewährt hatte, sind jedoch mit dem untenerwähnten Vorbehalte des § 30 des Prioritätsgesetzes durch die Hypothekengesetzgebung von 1822 aufgehoben, und es ist dafür Folgendes bestimmt:

I. Nach § 12 nr. 6 des Hypothekengesetzes hat die Frau einen gesetzlichen Titel zur Eintragung einer Hypothek auf alle Immobilien

---

[1]) Wenn auch die zur Gemeinschaft gehörigen Vermögenstheile durch die Ehe zu einer Gesammtmasse innerlich verbunden werden, und nach Maßgabe des Umfangs dieser Verschmelzung als einheitliches Objekt gleicher Benutzung, Schuldenhaftung und Bewerbung für beide Eheleute dienen, so wird doch die vermögensrechtliche Persönlichkeit der Frau nach Außen durch die eheherrliche Gewalt des Mannes paralisirt. (Gengler, d. P. R. § 183 a.)

Diese Autorisation des Mannes ist indeß nach der Natur der Sache nicht nöthig: a) wenn die Frau strafrechtlich oder polizeilich in Anspruch genommen wird, b) wenn sie testirt, c) wenn sie nur ihre Rechte sichert, d) wenn sie nach erfolgter Abtheilung Handlungen der Verwaltung ihres Vermögens vornimmt, e) wenn sie als Bevollmächtigte für Drittere handelt, soweit der Ehegemeinschaft keine Nachtheile daraus entstehen.

des Mannes wegen ihres Eingebrachten, wegen der aus dem Ehevertrag ihr zustehenden Rechte, ihrer Entschädigungsansprüche, oder wegen ihrer vom Manne veräußerten Güter.

II. Die Prioritätsordnung bestimmt: a) in § 3 nr. 4 ein Separationsrecht der Frau für all ihr Eigenthum, sofern sie nicht nach dem Güterstande, nach welchem sie lebt, für die Schulden des Mannes mithaften muß, worüber nach § 30 die Partikularrechte entscheiden; b) in § 23 nr. 3, daß die Frau in die 4te Klasse der Concursgläubiger zu setzen sei rücksichtlich ihres Heirathsgutes, ihres Eingebrachten, der Morgengabe, Widerlage und des Wittibsitzes, und ebenso die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kam, rücksichtlich ihres dem Bräutigam bereits übergebenen Vermögens.

Selbst erworbene Hypotheken können hiernach bei der Theilung oder beim Concurse nicht weiter zum Zuge kommen, als sich die wirkliche Forderung der Frau in jenem Zeitpunkte erstreckt, und Separationsrechte sind der Frau durch Tit. XXII. § 1 nr. 11 nur wegen ihres Heirathsgutes gestattet, wenn die Objekte desselben noch in Natur vorhanden sind, und dem Manne nicht kaufsweise übergeben wurden. Wegen der kaufsweise übergebenen Gegenstände des Heirathsgutes (§ 26), oder wegen der kaufsweise übergebenen verzehrbaren, oder durch Gebrauch im Werthe sich vermindernden Sachen muß sich die Frau eine Hypothek bestellen lassen, sonst genießt sie deßhalb nur Vorzugsrechte 4ter Klasse. Hat aber die Ehefrau wegen der durch den Gebrauch sich im Werthe mindernden Gegenstände ihres Einbringens, welche dem Manne n i c h t kaufsweise übergeben wurden, sich eine Hypothek erworben, so dient diese Hypothek nur als Caution für die Rückgabe der erwähnten Vermögensstücke in jenem Zustand und Werthe, welchen sie durch den Gebrauch bis zum Augenblicke der Veräußerung angenommen hatten, nicht aber als Sicherheit ihres ursprünglichen Werthes, weil jene Objekte im Eigenthum der Frau geblieben sind, und sie sich die Abnutzung wegen der Errungenschaftsgemeinschaft gefallen lassen muß. (Vergl. § 75.)

Hätte also die Frau ein Vermögen in Baarem von 3000 fl. eingebracht, und hierauf der Mann eine Hypothek bestellt, bei der Theilung fiele aber der Frau eine ehliche Einbuße von 2000 fl. zur Last, so könnte sie ungeachtet der Hypothek über 3000 fl. doch nur noch 1000 fl. daraus fordern. Hätte die Ehefrau Mobilien im Werthe von 600 fl. in die Ehe gebracht, und diese nicht kaufsweise dem Manne übergeben, gleichwohl aber eine Hypothek auf 600 fl. bestellt erhalten, so könnte sie ungeachtet dieser Hypothek bei der Theilung nur die noch vorhandenen Objekte in Natur ansprechen, oder den Ersatz der veräußerten nach ihrem Werthe zur Zeit der Veräußerung.

Nicht selten lassen sich demungeachtet die übrigen Gläubiger durch die Hypothekenbestellung und die darauf basirte volle Illatenforderung der Ehefrauen täuschen, und diese ziehen dann aus der Masse einen Vortheil, welcher ihnen in der That rechtlich nicht gebührt.

Noch häufiger werden Interventionsklagen der Ehefrauen auf Herausgabe gepfändeter Illaten-Objekte erhoben, und damit Separationsansprüche geltend gemacht, welche jedoch nur an Objekten des **Heirathsgutes** gemäß Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R. und § 30 der Prioritätsordnung statthaft sind, indem alles übrige Illat der Frau für sie nur ein Forderungsrecht an die Masse gestattet.

Vor dem Ausbruche des Concurses des Ehemannes, und hauptsächlich um dessen schlechte Wirthschaft zu verhindern oder einer Verlustgefahr im Concurse vorzubeugen, stehen der Frau folgende ergiebige Mittel zu Gebot:

1) Der oben gewährte Hypothekentitel, von dem sie zu jeder Zeit, und selbst wenn noch keine Verlustgefahr vorliegt, Gebrauch machen kann. (Erk. des Rev.=G. vom 23. März 1779. J. S. Weidner gegen Creditoren.)

2) Die Verweigerung ihrer Einwilligung zur Veräußerung der Liegenschaften ihres Heirathsgutes und Zubringens, und das Recht, den stattgehabten Verkauf binnen 10 Jahren anzufechten. (M. L. R. Tit. XXIII. § 7.)

Ja selbst sein eigenes Zubringen darf der Mann ohne Einwilligung der Frau nicht veräußern oder verpfänden, weil die letztere, abgesehen von dem ihr nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 § 3, § 5 und Verordnung von 1785 nr. 11. 15 (Beil. zu Tit. XIX.) gebührenden Pfandrecht daran vermöge der Errungenschaftsgemeinschaft ein Nutzungsrecht hat.

Die gerichtliche Protestation der Frau gegen derartige Veräußerungen ist so lange wirksam, als ihre Einwilligung innerhalb dieses Termines nicht nachgewiesen ist, wobei jedoch immer vorausgesetzt wird, daß die Frau wegen ihrer gesetzlichen Rechtswohlthaten bei Ertheilung ihrer Einwilligung vor Gericht gehörig belehrt worden sei. (Erk. des Rev.=G. vom 23. März 1779. J. S. Weidner gegen Creditoren.)

3) Das Klagerecht der Frau gegen den Ehemann wegen rechtswidriger Beschädigung ihres Heirathsgutes oder Zubringens, was aus der Stelle des Gesetzes Tit. XXIII. § 7, „obschon sie sich an ihrem Manne wegen des Heirathsgutes oder Zubringens nicht mehr erholen könnte", zu folgern ist.

4) Protestation gegen Schuldenmachen des Mannes, soferne diese nicht zum Besten der gemeinen Nahrung contrahirt werden. (M. L. R. Tit. IV. § 2.)

5) Das Recht bei Gefahr der Verschwendung für die Substanz des Heirathsgutes nach Tit. I. § 7 Caution oder dessen sichere Anlage zu verlangen, welches Recht mit dem gesetzlichen Hypotheken=Titel zusammenfällt, sich jedoch nicht auf eine Sicherheitsleistung durch Liegenschaften beschränkt.

Die Bestimmungen des Tit. VII. § 9 und Tit. IX. § 12 des M. L. R., wornach für das Vermögen der Kinder Caution verlangt, und über die verschwenderischen Eltern eine Curatel beantragt werden kann, scheinen zwar ihrem Wortlaute nach nur zum Vortheile der Kinder gegeben zu sein, allein man wird sie auch Namens der Kinder für die Rechte der Frau gültig erachten müssen, da der Mann vermöge seines Verwaltungsrechtes auch als der Nutznießer des weiblichen Sondergutes erscheint, da die Frau bei ihrem Leben die Erbrechte der Kinder repräsentirt, und da man zur Anwendung des Tit. IX. § 12 vernünftigerweise nicht voraussetzen kann, der Gesetzgeber habe nur dann eine Curatel wegen Verschwendung gestatten wollen, wenn beide Eltern Verschwender sind, indem gerade bei einseitiger Verschwendung der Eltern nur gegen den Mann eine förmliche Curatel Anwendung finden kann, weil die Frau ohnedieß den Anordnungen des Mannes unterworfen ist. Bei anderer Auslegung wäre eine Curatel gegen den Mann, wenn er allein

Verschwender ist, gar nicht möglich, obgleich die Verschwendung des Mannes wegen seiner umfassenden Verwaltungsbefugnisse für das Hauswesen die schädlichste und gefährlichste ist.

6) Ueberläßt die Frau bei Eingehung der Ehe ihr Einbringen verkaufsweise der Gemeinschaft, so muß ihr daraus der Werth nach Lösung der Gemeinschaft voll ersetzt werden; werden dagegen die Vermögensbestandtheile nur mit einem Werthe schätzungsweise übergeben, so kann sie dieselben nur in Natur und so zurückverlangen, wie sie sich durch den Gebrauch verändert haben. (M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11. — Erk. des Rev.-G. vom 12. März 1785. J. S. Münch gegen Münch.)

§ 86.

Rechte der Frau in Concurrenz mit den Vorkindern.

Nachdem gemäß § 23 und 24 der Prioritätsordnung die Kinder in Ansehung desjenigen, was sie als Vater- oder Muttergut oder als Voraus bei Einkindschaftungen, oder als sonst erworbenes Vermögen zu fordern haben, der Ehefrau des Gemeinschuldners vorgehen, so lange sie noch unter väterlicher Gewalt sind, außerdem aber gleiche Vorzugsrechte mit der Frau genießen, — nachdem ferner nach § 30 der Prioritätsordnung die Anwendung der Statutarrechte insoweit vorbehalten bleibt, als die Frau mit ihren aus den ehlichen Verhältnissen begründeten Rechten den Gläubigern ihres Ehemannes an dessen Vermögen nachstehen muß — bleibt es immer noch von großer Bedeutung, zu erforschen, was das Landrecht im Falle einer Concurrenz der Frau mit Vorkindern als Gläubigern verordnet, namentlich wenn diese aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden sind, oder auch, was bei der Concurrenz der Frau mit andern Gläubigern zu beachten ist.

Nach l. 12 C. (8. 18) und Tit. XXII. § 3 ist den Frauen nur für ihr Heirathsgut eine privilegirte Hypotheke und ein Vorzugsrecht vor den übrigen Gläubigern des Mannes eingeräumt, „weil die Ehemänner die Gläubiger mit ihrem eigenen Vermögen, und nicht mit der Mitgift ihrer Frauen befriedigen sollen, welches diese zu ihrem Unterhalte und Lebensbedarf besitzen". Für den Fall jedoch der Mann schon bei Eingehung der Ehe überschuldet war, und den Empfang eines Heirathsgutes bekennt, scheint er mehr betrüglich zum Nachtheile seiner Gläubiger, als zur Sicherstellung des Heirathsgutes in guter Absicht gehandelt zu haben, und kann dann das Bekenntniß des Mannes über den Empfang eines Heirathsgutes seinen Gläubigern nicht schaden. (»Berlichius conclus. Tit. I. c. 65 nr. 62: Quod si tempore confessionis appareat aes alienum, et maritus multis debitis sit obrutus, tum potius in fraudem creditorum, quam ad recognoscendam bonam fidem ejus modi confessionem fecisse praesumatur, et ideo creditoribus non noceat«.)

Ist nun ein Zubringen der Frau in die zweite Ehe erwiesen, aber zugleich hergestellt, daß es dort verzehrt wurde, so entstehen die Fragen, a) ob der klagenden Wittwe dafür ein Vorzug vor den übrigen Gläubigern gebühre; b) ob die Frau wegen der Errungenschaftsgemeinschaft

und bei Mangel errungenschaftlichen Vermögens zur Tragung der in zweiter Ehe gemachten Schulden nach Rockentheil mitzuhaften habe; c) ob den Vorkindern die Substanz ihres Muttergutes, welches sich beim Ableben ihres Vaters noch in Natur vorfindet, vor der Stiefmutter und den übrigen Gläubigern gebührt.

Zu a. Das gesetzliche Vorzugsrecht der Frau kann ihr nicht mehr zum Vortheil gereichen, wenn ihre dos nicht mehr vorhanden ist. (M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11) [1]).

Zu b. Sowohl nach der vor dem L. R. gültigen Philippinischen Verordnung, als nach dem L. R. selbst hat die Frau von den in stehender Ehe gemachten Schulden 1/3 aus der Errungenschaft, und soweit diese nicht reicht, aus ihrem Zubringen abzutragen.

Zu c. Nach Herkommen und Gewohnheit gilt der Grundsatz, daß die folgende Ehe die vorige auszuliefern habe [2]), die Vorkinder können daher ihr Muttergut, in dessen Nutzgenuß der Vater während der zweiten Ehe war, und welches er nur unter Vorbehalt einer gesetzlichen Hypothek in Handen hatte, vor Allem als ihr Eigenthum ansprechen, und die Frau resp. Stiefmutter hat sogar, da dieses Separatvermögen der Vorkinder als eine Schuld oder Last der zweiten Ehe gilt, soweit es erwiesenermassen in diese Ehe gebracht wurde [3]), eventuell bei unzureichender Errungenschaft für die Zahlung desselben pro rata zu haften, denn es ist gleichbedeutend, ob dieses Vermögen der Vorkinder in zweiter Ehe verzehrt oder eine andere Schuld aufgenommen wurde. (Erk. des Stadtg. Mainz vom 10. April 1745, J. S. Amalia Fontana gegen Fontana Kinder Curatel. — Erk. des Rev.-G. vom 2. Juli 1777, J. S. Bintgen gegen Weitzel.)

Hiezu kommt noch, daß das Heirathsgut der Frau nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R. aus dem Vermögen des Mannes zu bezahlen ist, wozu das Muttergut der Vorkinder nicht gehört, daß daher, nachdem dieser Grund auch für das gesammte Einbringen der Frau gilt, das verwendete Illat der Frau überhaupt keinen Ersatz finden kann, wenn weder Errungenschaft noch Vermögen des Mannes vorhanden sind.

Ist jedoch das Heirathsgut noch ganz oder theilweise vorhanden, so hat die zweite Ehefrau an dem, was von dem Vermögen der Vorkinder in die Ehe gebracht, und dort consumirt wurde, bei Mangel anderen Vermögens selbst mit ihrem Heirathsgut 1/3 zu ersetzen, weil selbst das Heirathsgut [4]) nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 eventuell für

---

[1]) Berlichius l. c. P. I. c. 64 nr. 18: „Quod nimirum uxor non solum in dote, sed etiam in illis rebus et fundis, quos aliunde ex cognatorum hereditate percepit, jus praelationis habeat, et omnibus creditoribus praeferatur, si illae res in bonis mariti adhuc exstant.“ Carpzow. P. I. c. 28. def. 97 nr. 6.)

[2]) Es stimmt diese Rechtsregel mit l. 12 auth. ut exact. C. (8. 18) überein, wonach bei dem Zusammentreffen von Forderungen zweier Ehen, von welchen keine ein Separationsrecht genießt, allemal die Forderung der ersteren Ehe resp. der Kinder aus dieser Ehe vorgehen soll, weil das Frühere und der Zeit nach Aeltere seinen Vorzug behält. (Nov. 91. § 1.)

[3]) Ein bloser Hypothekeneintrag macht als accessorisches Recht darüber keinen Beweis.

[4]) Heirathsgut, unterschieden von dem übrigen Zubringen, wofür nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R. ein Separationsrecht nicht besteht, also auch nach § 30 und § 3 nr. 4 der Pr. Ordnung nicht in Anspruch genommen werden kann.

die Eheschulden haftet, im Uebrigen aber und wegen der Erbrechte der Vorkinder an ihren Vater geht die Frau mit dem Separationsrecht ihres Heirathsgutes der stillschweigenden Hypothek der Vorkinder vor [1]). (Erk. des Rev.-G. vom 17. Mai 1747, J. S. Fontana gegen Fontana. — Erk. des Rev.-G., J. S. Glöckle gegen Viktor vom 6. Juli 1776.)

Durch M. L. R. Tit. XXII. § 3 [2]) sind die Frau resp. deren Kinder als Erben mit einer privilegirten Hypothek (§ 307) wegen des Heirathsgutes den Pupillen, dem Fiskus gleich- und den gerichtlichen Hypotheken vorgesetzt. Es fragt sich, ob dieses Vorzugsrecht nur von dem Falle zu verstehen sei, wenn das Vermögen des Ehemannes erst nach dem Einbringen des Heirathsgutes ohne Mitwirkung der Frau gerichtlich verschrieben wurde, nicht aber von jenem Falle, wenn das Vermögen des Mannes schon vor der Ehe, oder in der vorigen Ehe verpfändet war, und so in die Ehe gebracht wurde.

Da das L. R. die durch ältere gerichtliche Hypotheken erlangten Rechte nicht ausdrücklich aufhebt, solches auch ohne Verletzung von Recht und Billigkeit nicht thun könnte, vielmehr in Tit. XIX. § 5 den Gerichten die Vorschrift gegeben ist, daß sie keine gerichtlichen Verlegungen (Hypotheken) über eines Vormünders Güter, der dem Pupillen schuldig ist, oder über des Stiefvaters oder der Stiefmutter Güter, die ihren Vorkindern wegen des Väterlichen oder Mütterlichen verhaftet sind, verfertigen sollen, es sei denn, daß zu diesen Schulden zuvor ein genugsames Unterpfand eingesetzt sei, wo dann auf das übrige unverpfändete Vermögen eine gerichtliche Versicherung verfertigt werden könne, mithin dadurch offenbar wird, daß der Gesetzgeber keine bereits begründete Rechte aufheben wollte, so ist auch anzunehmen, daß die Verordnung des M. L. R. Tit. XXII. § 3 nicht auf den Fall anwendbar sei, wo das väterliche Vermögen bereits in erster Ehe gerichtlich verpfändet war, und nicht unverpfändet in die weitere Ehe gekommen ist, folglich auch die Frau und Kinder dieser späteren Ehe kein Vorzugsrecht vor den früheren Hypotheken verlangen können. (Erk. des Rev.-G. vom 13. Februar 1783, J. S. Henzel gegen Mangold.)

§ 87.

Beginn der Errungenschaftsgemeinschaft.

Nach Tit. XIV. § 10 sind die Wirkungen der Ehe von der Trauung abhängig gemacht, und finden auf Brautleute keine Anwendung. Es ist dieses auch den heutigen Rechtsanschauungen gemäß, denn vom

---

[1]) Hiemit stimmt das gemeine Recht l. 12 § 1 C. (8. 18) überein, welches verordnet, daß, sobald die Forderung der ersten Ehekinder wegen des Heirathsgutes ihrer Mutter, mit der Heirathsgutforderung der zweiten Frau concurrirt, die erstere vorgeht.

[2]) Für Bayern ist diese Frage nach dem Hypothekengesetze bedeutungslos, da der Frau nur an dem noch vorhandenen Heirathsgut ein Separationsrecht, im Uebrigen aber nur ein gesetzlicher Titel auf Erwerbung einer Hypothek für ihr sämmtliches Zubringen durch Eintragung in das Hypothekenbuch zur Seite steht, wodurch unbeschadet der früheren Hypotheken erst vom Tage der Eintragung an Hypothekenrechte resp. Vorzugsrechte in zweiter Klasse erworben werden. (l. 12 § 1 C. (8. 18.)

Augenblicke der Trauung ist die Frau die Genossin des Mannes, und nur aus dieser Beziehung entstehen die güterrechtlichen Folgen rücksichtlich der Gatten und der Kinder. Das Statut spricht auch in Tit. III. § 1. 2. 3. Tit. IV. immer nur von dem, „was während der Ehe, in Zeiten des Ehestandes, in stehender Ehe" geschehen ist. Es ergibt sich daraus, daß der Hausstand eine Folge der Ehe, folglich nicht das häusliche Zusammenleben, sondern nur der Bestand der Ehe der Grund der Güterrechte ist.

Von selbst verständlich ist es, daß nur eine rechtlich gültige Ehe auch die gesetzlichen Folgen der Ehe herbeiführen kann, und daß eine von Anfang an nichtige Ehe keine ehliche Errungenschaftsgemeinschaft, folglich auch kein errungenes Gut erzeugt. (Seufferts Archiv Bd. 12 nr. 341. 342. — Erk. des H. G. von 1783, J. S. Volz gegen Volz.)

§ 88.

Ende der Errungenschaftsgemeinschaft.

Das M. L. R. enthält in Tit. III. § 1 über das Ende der Errungenschaftsgemeinschaft eine Bestimmung insofern, als es dort verordnet, was bei erfolgender Abtheilung der überlebende Gatte erhalten soll, und es könnte daher scheinen, als wenn das Statut die Abtheilung nur auf den Todesfall des einen oder andern Gatten, und daher das Ende der Gemeinschaft nur auf den Tod des Mannes oder der Frau hätte beschränken wollen. Diese Auslegung wäre jedoch nicht allein der Praxis, sondern auch den weiteren Bestimmungen des Gesetzes entgegen, indem es in Tit. III. § 1. 3. u. 5. ausdrücklich festsetzt, daß der Erwerb „in stehender Ehe", oder „in Zeiten des Ehestandes" zu dem errungenen, also gemeinschaftlichen Vermögen gehört, woraus der Schluß gezogen werden muß, daß überhaupt mit dem Aufhören, d. h. mit jeder Auflösung der Ehe auch der gemeinschaftliche Erwerb resp. die Gemeinschaft selbst aufhört.

Diese Auflösung der Ehe kann nun sowohl durch den Tod, als unter Lebenden durch Scheidung und Nichtigkeitserklärung der Ehe eintreten, und außerdem wird noch in Frage kommen, ob die Gütergemeinschaft auch durch Vertrag der Gatten wieder beseitigt werden kann.

§ 89.

A. Aufhebung der Gütergemeinschaft unter Lebenden.

a) Durch Nichtigkeit der Ehe.

Die Grundlage der ehlichen Gütergemeinschaft ist die rechtliche Existenz der Ehe (M. L. R. Tit. III. § 1. 3. 5), wenn daher eine gültige Ehe von Anfang nicht bestanden hat, so kann auch von den darauf gebauten rechtlichen Folgen der Güterverhältnisse gar keine Rede sein, oder erst von jenem Augenblicke an, in welchem die Ehe eine gültige geworden ist. Der während des faktischen Bestandes eines solchen Zusammenlebens stattgehabte Erwerb fällt daher nicht unter den Begriff des L. R., wiewohl er unter die gemeinrechtlichen Bestimmungen einer Erwerbsgemeinschaft — einer societas quaestuaria— nach Lage der Sache

zu stellen sein mag. (Erk. des O. A. G. zu Darmstadt vom 29. Januar 1847 in Seufferts Archiv Bd. 12. nr. 342.)

§ 90.

b) Durch Scheidung.

Ueber die rechtlichen Folgen der Scheidung auf Lebensdauer (bei den Katholiken), oder Trennung des Ehebandes (bei den Protestanten), ist unter Tit. I. schon Erwähnung geschehen. Es kommt hier nur noch die Frage zu berühren, ob der Erwerb des einen oder andern Gatten während einer freiwilligen Trennung der Errungenschaftsgemeinschaft zufließe.

A. Fr. Ernst, dissert. de commun. aquaestuum inter conjuges ex status civitatis Moguntinae recepta cap. 3 sect. 1 § 3 verneint einen solchen Erwerb für die Errungenschaft, unter Bezugnahme auf gemeinrechtliche Autoren (Covaruvius, de matrimonio Tit. II. cap. 7 § 1 nr. 7. — Garsias de conj. acquaestu nr. 12), weil von Erwerb und gemeinschaftlichem Gewinn nur dann die Rede sein könne, wenn beide Gatten beisammen leben. Wenn daher z. B. eine Frau den Mann böslich verlassen, soll das, was der Mann in ihrer Abwesenheit erwirbt, ihm gehören (Lopez, de lucr. mariti et uxor. § 64), ebenso wenn der Mann die Frau verstößt, oder diese, um seinen Mißhandlungen zu entgehen, sich flüchtet, soll sie nicht gehalten sein, das, was sie in dieser Zeit der Trennung erwirbt, mit ihm zu theilen, weil solche unerlaubte Handlungen nie dem schuldigen Theile einen Vortheil bringen können (l. 3 § 1 D (25. 1) l. 134 § 1 D. (50. 17), während dagegen der Erwerb des schuldigen Theiles zum Vortheile des anderen Gatten in die Errungenschaft fallen soll.

Allein man muß annehmen, daß einer solchen Auffassung das M. L. R. entgegen ist, weil eine freiwillige Trennung der Gatten selbst eine unzulässige Handlung ist, welche nie die Wirkung einer Scheidung hat, weil also die Ehe damit nicht aufhört zu bestehen, und das M. L. R. nach Tit. III. § 1 3 u. 5 jeden Erwerb der Gatten während bestehender Ehe, er sei von einem Gatten, oder von beiden gemeinsam gemacht, zu der Errungenschaft zählt. Diese Gemeinschaftlichkeit dauert bis zur Rechtskraft des die Scheidung aussprechenden richterlichen Erkenntnisses. (Erk. des Rev.=G. vom 24. September 1791, J. S. Müller gegen Müller.)

§ 91.

c) Durch Vertrag.

Unter Tit. I. wurde der Grundsatz angenommen, daß Eheverträge auch nach vollzogener Ehe geschlossen werden können, weil dieses gemeinrechtlich zulässig und durch das Statut nicht untersagt ist. Consequent wird man daher auch während der Ehe einen Vertrag der Gatten gestatten müssen, wodurch von den statutarischen Bestimmungen, welche der unbedingt eingegangenen Ehe zu Grund liegen, abgegangen, und die Errungenschaftsgemeinschaft beseitigt werden soll. Man wird dann auch Verabredungen der Gatten gestatten müssen, wodurch während der Ehe

das Vermögen gerade so getheilt werden soll, als wenn die Ehe aufgelöst wäre, denn derartige Verträge sind an und für sich nicht gegen den Fortbestand der Ehe gerichtet, sie berühren und verletzen nicht die Erbrechte und Erziehungsansprüche etwa vorhandener Kinder, und sind weder gemeinrechtlich noch im Statut verboten. Bereits von Dritteren mit den Gatten eingegangene Rechtsverhältnisse können damit ohnedieß nicht abgeändert werden, weil einseitige Handlungen der Contrahenten dem Dritteren nicht schaden. (Erk. des O. A. G. zu Wiesbaden, J. S. Guth gegen Guth im Seufferts Archiv Bd. 13 nr. 41.)

Ob auch einseitige Aufkündigung der E. G. durch den einen oder anderen Gatten zulässig sei, ist in der Praxis streitig.

Gemeinrechtlich wird allerdings nach l. 4 § 1 D. (17. 2) jede Gesellschaft durch Aufkündigung getrennt, und nach l. 14 D. (17. 2) ist sogar ein Vertrag darüber, daß man von der Genossenschaft nicht abgehen könne, für unnütz erklärt. Allein es steht fest, daß das Landrecht Abweichungen von seinen Anordnungen nur durch Eheverträge gestattet (M. L. R. Tit. I. § 1 und Tit. III. § 1), und daß, falls solche Verträge **nicht** vorliegen, nur bei Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung eine Abtheilung statthaft ist. Es kann daher auch eine einseitige Aufkündigung der ehlichen güterrechtlichen Genossenschaft nicht als rechtswirksam erachtet werden, da nicht das blose Zusammenleben, sondern das ehliche Band auch bei unbedingten Ehen die Grundlage der E. G. ist, welches nicht durch einseitige Kündigung gelöst werden kann, es mögen noch so triftige Gründe vorliegen, welche die Forderung einer Scheidung motiviren. (Erk. des H. G. vom 20. September 1784, J. S. Bickert gegen Pfeufer.)

§ 92.

B. Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft durch den Tod.

Es gehört hierher die Frage über die sog. communio prorogata, ob nach dem Statut der überlebende Gatte die Errungenschaftsgemeinschaft in der Weise fortsetzt, daß die während des Wittwenstandes erworbenen oder zu Verlust gegangenen Güter, sowie die in dieser Zeit entstandenen Schulden den Kindern nach Verhältniß des Antheils ihres zuerst verstorbenen Parens an der E. G. zu Gut kommen, und resp. zur Last fallen.

Die praktische Folgen einer solchen Fortsetzung der G. G. würden in Folgendem hervortreten: a) Eine Theilung des Ehevermögens in seine Bestandtheile — männliches und weibliches Einbringen dann Errungenschaft, und deren Trennung in Schwert- und Rockentheil — würde erst bei dem Tode des überlebenden Gatten oder bei dessen Wiederverehlichung vor sich gehen; b) der Erwerb der Kinder nach (durch den Tod) getrennter Ehe müßte wie jener der Eltern als Errungenschaft zum Ehevermögen gerechnet werden; c) der Werth der einzelnen zur Errungenschaft gehörigen Sachen würde nicht nach dem Momente, wo die Ehe durch den Tod sich löst, sondern wo die Inventar-Errichtung stattfindet, berechnet, und diesem einverleibt; d) die Befugniß des überlebenden Elterntheiles, zur Errungenschaft Gehöriges zu veräußern, oder zum Zwecke des gemeinsamen Hauswesens (mit der in Tit. IV. § 2 des M. L. R. bestimmten Folge) Schulden zu machen, müßte unbedingt anerkannt, und der in der Periode

von Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten gemachte Eheverlust als verrungen im Inventar aufgenommen, und nach Schwert- und Rockentheil zwischen den Kindern und dem sich wieder verehlichenden Gatten getheilt werden; e) in dem Grundsatz der fortdauernden Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern — dem Sitzen auf Gedeih und Verderb — wäre überhaupt die Wirkung niedergelegt, als ob bei dem Falle der Abtheilung die Ehe gerade erst durch den Tod aufgelöst worden sei. (Philipps, d. P. R. Bd. II. S. 18. 71.)

Man sucht dieses Verhältniß auf verschiedene Weise zu erklären, und unterscheidet die sog. Consolidationstheorie von der Repräsentationstheorie, verwechselt aber dabei die erstere mit dem Gesammteigenthum, welches (namentlich bei der allgemeinen Gütergemeinschaft) nach mehreren Statuten, z. B. dem fränkischen Landrechte, beiden Gatten an dem Gemeingut zukommt, die Repräsentationstheorie aber mit dem dem überlebenden Gatten zukommenden Nießbrauch.

Als Gründe der fortgesetzten G. G. führt man gemeinrechtlich gewöhnlich an, daß jedem Gatten an den gemeinschaftlichen Gütern ein Miteigenthum als fortdauerndes Recht zustehe, daß alle Ansprüche aus der G. G., soweit sie dem verstorbenen Gatten gebührten, also auch gerade nur jenes Miteigenthum, auf die Kinder übergehe, welche des Verstorbenen Erben werden, und daher statt seiner in die G. G. eintreten, m. a. W., daß das Miteigenthum und das Recht die G. G. fortzusetzen, welches der Verstorbene im Leben hatte, auf seine Kinder als Erben in der Weise übertragen sei, daß bis zur wirklichen Theilung der frühere Zustand fortdauere.

Als weiterer Grund wird hinzugefügt, daß der Zweck und die Absicht der G. G. durch den Tod eines Gatten nicht sofort aufhöre, sondern die Lasten der Ehe, hauptsächlich die Erziehung und Versorgung der Kinder fortdauern.

Hieraus wird dann der Schluß gezogen, daß mit Recht der überlebende Gatte von der wirklichen Theilung während der Fortdauer des Nutzgenusses oder der G. G. loszuzählen, und daß er zur Errichtung eines Inventars, sowie zur Rechnungsstellung nicht verpflichtet sei, außer wenn er sich seines Rechtes zum Vortheile der Kinder begibt, oder zur weiteren Ehe schreitet, oder das Vermögen verschwendet, oder in ein Kloster geht. (Pütter, elementa jur. germ. § 364 ff. — Sachsenspiegel cap. 227. — Jus. Lubec. P. II. Tit. II. art. 8. — Kölner Stutut. art. 11 ff. — Puffendorf, Tom. I. obs. 86 § 1. — J. S. Fr. Böhmer, Diss. de ratione decidendi controvers. circa port. statut. conj. § 8. —Wüstefeld, Diss. de effect. comm. jur. Mogunt. § 24.)

Diese Gründe sollen auch im M. L. R. ausgeprägt sein, und es wird dafür geltend gemacht:

1) Das L. R. hat in Tit. VI. § 1 eine Abtheilung resp. die Errichtung eines Inventars nur für den Fall vorgeschrieben, wenn der überlebende Gatte zur weiteren Ehe schreitet, woraus folgt, daß außer diesem Falle der Theilung die G. G. nach dem Statut fortbesteht, indem der überlebende Gatte seine eigenthümlichen Güter jure proprio fortbesitzt, und die Kinder im Mitbesitze der Güter des verstorbenen Gatten bleiben, so daß die Rechtsparömie „längst Leib, längst Gut“ auch hier Anwendung findet.

2) Nach Tit. VII. § 2 des M. L. R. verbleibt dem Längstlebenden der Nutzgenuß an den Gütern des Verstorbenen; dieses ist eine Folge der G. G., und wo die Wirkung fortbesteht, muß auch die Ursache vorhanden bleiben.

3) Die Verwicklungen, welche entstehen würden, wenn man die G. G. nicht als fortbestehend annehmen wollte, würden unüberwindlich, wenigstens sehr schwer zu beseitigen sein, weil der überlebende Gatte nach dem Tode des andern zur Errichtung eines Inventars nicht verbunden ist, und es, wenn nicht sogleich nach dem Tode des einen Gatten zur Inventur geschritten wird, höchst schwierig, wenn nicht geradezu unmöglich bliebe, die ehliche Errungenschaft von jener des Wittwenstandes auszuscheiden. Weil jedoch die Fortdauer der E. G. nur zum Vortheile der Kinder gereichen soll, wollen einige Praktiker ihnen nur einen Antheil am Gewinn des Wittwenstandes zu gut kommen lassen, einen etwaigen Verlust aber dem überlebenden Gatten zuweisen, weil man annimmt, die Kinder könnten einerseits zu ihrem Nachtheile nicht zu der Fortsetzung der Gemeinschaft gezwungen werden, während es anderseits die Schuld des überlebenden Gatten sei, daß er nicht früher eine Abtheilung bewirkte. (Wesel, de commun. bonor. tit. II. cap. 4 nr. 88. — Bl. f. R. A. Bd. 17 S. 118 ff.)

Es ist nicht zu läugnen, daß diese Anschauung sich sowohl in der älteren, als in der neueren Praxis vielfach ausgeprägt hat. (Erk. des Stadtger. Mainz vom 18. Februar 1781, J. S. Volz gegen Volz. — Erk. des Rev.-G. vom 20. Dezember 1798, J. S. Feth gegen Feth. — Erk. des A. G. vom 23. Dezember 1853 Nr. 188. — Erk. des A. G. vom 3. August 1854 Nr. 308.)

Gegen die angeführten Gründe muß indeß eingewendet werden:

1) Daß die E. G. mit und durch den Beginn der Ehe eintritt, und durch das Gesetz ohne besonderen Vertrag wirksam wird, daß sie daher auch durch Auflösung der Ehe, ohne Vertrag und ohne förmliche Abtheilung sich endigt.

2) Die durch das Gesetz dem überlebenden Gatten bis zu seiner Wiederverehlichung erlassene Inventur ist eine Rechtswohlthat, welche den Eltern nicht verkümmert werden darf; eine weitere Schlußfolgerung ist daraus nicht zuläßig, da sie nicht mit absoluter Gewißheit oder Nothwendigkeit damit zusammenhängt. Wäre auch gemeinrechtlich die fortgesetzte Gütergemeinschaft anzunehmen — was indeß der Fall keineswegs ist —, so könnte dieses keinen Beweis für das M. L. R. liefern, weil sie sich mit seinem Systeme nicht vereinigen läßt, wie weiter gezeigt werden soll.

3) Aus dem Ursprung, der Natur und dem Rechtsgrund der G. G. geht keineswegs hervor, daß die Absicht der Eltern dahin gehe, die E. G. mit den Kindern fortzusetzen, denn sie beruht auf dem gemeinsamen Erwerb der Gatten (M. L. R. Tit. III. § 3), nicht aber auf dem gemeinsamen Erwerbe der Eltern und Kinder. Am allerwenigsten könnte man annehmen, die Eltern hätten die Absicht, den im Wittwenstande gemachten Erwerb mit den Kindern zu theilen, oder gar den erlittenen Schaden allein zu tragen, oder endlich den Kindern als Repräsentanten des erstverstorbenen Gatten dessen dem überlebenden gegenüber zu gestatten, was doch Alles Consequenzen der Repräsentationstheorie sein würden, sobald man diese einmal in einem Punkte gelten lassen wollte.

4) Der Schluß, daß der überlebende Gatte sich wegen unterlassener Inventarerrichtung nicht von der Errungenschaftsgemeinschaft getrennt habe, und deßhalb in der E. G. geblieben sei (Erk. des Rev.-G. vom 20. Dezember 1798, J. S. Feth gegen Feth), ist falsch, weil die Unterstellung falsch ist, daß die E. G. durch Auflösung der Ehe nicht aufhören. Wie könnten jene Rechtslehrer die Fortdauer der G. G. bei Trennung der Ehe durch den Tod rechtfertigen, welche ihr Aufhören bei einer Ehescheidung zugeben müssen? Daß die G. G. durch die Scheidung der Ehe aufhört, unterliegt wohl nicht dem geringsten Zweifel, warum sollte bei Auflösung der Ehe durch den Tod dieses nicht auch geschehen.

5) Die Nutznießung des überlebenden Gatten an dem Vermögen des Verstorbenen kann keine Folge der G. G. sein, weil sie dem überlebenden Gatten erbrechtlich zufällt. Am allerwenigsten verträgt sich aber jener Nutzgenuß mit der Idee einer fortgesetzten G. G., weil der Nutzgenuß dem Berechtigten die Früchte des Nutznießungsobjektes allein und zum ausschließenden Eigenthume verschafft, während er dieselben bei fortdauernder G. G. mit seinen Kindern theilen müßte. (§ 174. 174 a.)

6) Was endlich die Rechtsparömie „Längst Leib, längst Gut", und die Schwierigkeit einer späteren Ausscheidung der Vermögenstheile ohne Errichtung eines Inventars zur Zeit des Todes des einen Gatten betrifft, so ist es ausgemachte Sache, daß sich Rechtssprüchwörter nur auf bestimmte Statutarrechte von gleichem Systeme beziehen, und daß Schwierigkeiten bei Anwendung eines Gesetzes das Gesetz nicht aufheben. Die Schwierigkeiten einer solchen späteren Abtheilung wurden schon in der Einleitung zur ordinatio electoralis Moguntina vom 21. Juli 1655 (der sog. Philippinischen Verordnung) beklagt, gleichwohl aber wurde sie aus bewegenden Gründen weder durch jene Verordnung, noch durch das M. L. R. von 1755 gehoben. Es geht jedoch aus jener Stelle hervor, daß man an eine fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht dachte, weil die Uebung, erst bei der Wiederverehlichung eines Gatten, ein Inventar zu errichten, bei fortgesetzter Gütergemeinschaft in den richtigen Zeitpunkt fiele, und daher kein Grund gegeben gewesen wäre, diese Uebung in der Philippinischen Verordnung wegen der mit ihr verbundenen Schwierigkeiten zu beklagen.

Um diesen angeblichen Mißständen zuvorzukommen, wäre nur nöthig gewesen, die Inventur auf den Zeitpunkt des Todes des einen Gatten zurückzuverlegen; es geschah dieses jedoch nicht, und zwar nicht deßhalb, weil eine fortdauernde E. G. eingeführt werden sollte, sondern weil es sich mit dem Geiste des M. L. R. und dem Herkommen nicht vertragen haben würde; denn das L. R. faßt die Ehe überall im deutschrechtlichen Sinne, als ein auf dem gegenseitigen Vertrauen der Gatten beruhendes Institut auf, nach welchem dem Manne die Verwaltung des Vermögens, das Schutzrecht seiner Angehörigen, und den beiden Eltern das Recht gebührt, von den Kindern Gehorsam und Ehrfurcht zu fordern. Daraus fließt, daß auch von den Eltern jene Liebe vorausgesetzt wird, welche sich in der Fürsorge für das geistige und leibliche Wohl der Kinder, also auch in der Erhaltung ihres Vermögens äußert, daß man folglich weder besorgen kann, die Eltern würden bei einer späteren Inventur ihre Kinder eher verkürzen, noch gestatten konnte, daß die Autorität der Eltern durch die Zumuthung beeinträchtiget werde, mit den Kindern förmlich abzutheilen, bevor sie selbstständig werden, oder daß man den Kindern gar ein Recht einräume, eine solche Abtheilung und Sicherheit

wegen ihres Vermögens zu verlangen, bevor für sie die Gefahr eines Verlustes eintritt.

Diesen ausgedehnten Befugnissen der Eltern stehen indeß auch den Kindern jedoch nur bei Verlustgefahr ihres Vermögens nach Tit. VII. § 9 und Tit. IX. § 12 ergiebige Schutzmittel zu Gebote; und kommt es dereinst zum Inventar, so muß dieses ohnedieß bezüglich seiner Vollständigkeit eidlich oder handtreulich bekräftiget werden.

Als wesentliches Schutzmittel für die Rechte der Kinder wirkt noch die in Tit. III. § 4 des M. L. R. aufgestellte Vermuthung der Errungenschaft, wonach auch die Behauptung, es sei etwas im Wittwenstande angeschafft worden, bewiesen werden muß.

Das angebliche Räthsel des L. R. aus welchen Gründen man die Inventur auf den Zeitpunkt der Wiederverehlichung verlegt habe, dürfte sich daher dahin auflösen, daß das L. R. es nicht für unmöglich hält, daß der überlebende Gatte erst bei seiner Wiederverehlichung den vollen Nachlaß des verstorbenen Gatten angebe, und daß das L. R. die Schwierigkeit einer späteren Feststellung des schon durch den Tod eines Gatten den Kindern angefallenen Vermögens geringer achtet, als die Kränkung des den Eltern gebührenden Vertrauens.

Außerdem spricht das M. L. R. in Tit. III. § 1 u. 3 immer nur von dem Erworbenen während der Ehe, was zwei Eheleute in Zeiten ihres Ehestandes erworben ꝛc., und beschränkt also die Möglichkeit der Errungenschaft auch ausdrücklich auf die Dauer der Ehe, und zwar gerade an jenen Stellen, wo es bestimmt, was der überlebende Gatte aus der Gemeinschaft erhalten soll, und wo es das Wesen des Errungenen definirt, ein Beweis, daß es jene Gemeinschaft des Erwerbes nach dem Tode des einen Gatten nicht auf jene Güter erstreckt wissen will, welche im Wittwenstande errungen werden.

Bezüglich der Inventarerrichtung ist in Tit. VI. § 1 auch nirgends davon die Rede, daß der Erwerb im Wittwenstande manifestirt werden müßte, und in Tit. VI. § 5 ist die Inventar- und Rechnungsstellung über den Nutzgenuß an dem Vermögen der Kinder noch überdieß ausdrücklich für die Zeit des Wittwenstandes erlassen. Ohne Inventar und Rechnungsstellung könnte der Antheil der Kinder an dem Erwerb im Wittwenstande ohnedieß nicht festgestellt werden.

Hierzu kommt nun noch, daß keineswegs eine constante Praxis für die Bejahung der Fortdauer der E. G. sich gebildet hat, vielmehr eine überwiegende Anzahl älterer Erkenntnisse, und zuletzt auch die Entscheidung des k. O. A. G. die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Kindern verneint [1]).

---

[1]) 1) In einem Erkenntnisse des Vogteiamtes Amorbach vom 15. September 1787 heißt es: Wo die fortgesetzte G. G. durch ein specielles Statut eingeführt ist, währt sie solange, bis der Ueberlebende sich durch Abtheilung mit den Erben von seiner Verbindlichkeit befreit hat; dagegen ist diese Fortsetzung der G. G. ganz gegen die wohlthätigen Absichten des Gesetzgebers (des M. L. R.), welche bei allen Vorkommnissen zunächst für die Minderjährigen zu wachen sich angelegen sein ließen, indem durch eine solche verdrehte Auslegung es dem überlebenden Gatten anheim gestellt wäre, das den Kindern bereits eigenthümlich anerfallene Vermögen durchzubringen.

2) In einem Erkenntniß des Hofgerichts, J. S. Schnugg gegen Keßler, ist angeführt, daß die communio bonorum nach dem Tode des Mannes oder der Frau aufgelöst wird.

Mit dieser Darstellung dürfte der Nachweis in dieser höchst wichtigen Frage geliefert sein, daß die Fortsetzung der Errungenschaftsgemeinschaft weder nach den Worten noch nach dem Systeme des M. L. R. denkbar ist, und daß sich auch die überwiegende Praxis mit vollkommen stichhaltigen Gründen dagegen ausgesprochen hat. (§ 56 not.)

---

3) In einem Erkenntniß des Hofgerichts von 1783, J. S. Volz gegen Volz, ist angeführt: Durch die Eingehung einer Ehe wird in der Regel nach M. L. R., d. h. wenn nicht ein Anderes ausdrücklich bedungen wurde, die communio conjugalis, quae est species societatis, errichtet. Es ist daher offenbar, daß durch die Eingehung einer Ehe die communio conjugalis entsteht, mithin ebensogewiß, wenn eines von den Eheleuten stirbt, wieder aufhört, als bekanntlich jede Societät per mortem socii sich wieder auflöst, somit die Ehe und ehliche Societät geendigt wird. Will man auch zugeben, es sei wahr, und unstreitiger Rechtssatz, quod tamen non est, daß die Eheleute bei ihrer Verheirathung nicht allein für sich, sondern auch für ihre Erben eine communio bonorum tacite eingegangen, so mag solches jedoch in diesem Falle von keiner Folge sein, weil der Ueberlebende die Nutznießung durch Testament erlangt, somit die communio bonorum für die Kinder aufgehoben ist, was übrigens gesetzlich auch ohne Testament so gewesen wäre nach Tit. VII. § 2 u. 7., welchen Willen die Kinder um so mehr zu erfüllen haben, als sie Erben des Vaters geworden sind. Mithin cessirt die angebliche Vermuthung, daß der Vater für seine Kinder die communio bonorum eingegangen, und nach seinem Tode solche stillschweigend fortdauern lassen wollte, eo quod praesumtio veritati cedere debeat.

Es macht auch der Einwurf nichts zur Sache, daß wegen Vereinigung der Masse es schwer sei, vor Errichtung des Inventares, das im Wittwenstande Erworbene davon abzuziehen, indem was schwer und mühsam ist, noch nicht unmöglich ist, ansonst würde auch das M. L. R. Tit VI. § 5 nicht verordnet haben, daß die Eltern, welche in ihrer Kinder Güter den Nießbrauch haben, zu keiner Inventur oder Rechnung verbunden sein sollen, in so lange sie nicht in die zweite Ehe schreiten.

4) In dem Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender Creditoren, kommt vor: Unerfindlich ist eine continuatio societatis conjugalis nach dem neuen M. L. R; denn da nach diesem dem überlebenden Gatten der völlige Genuß des rückgelassenen Vermögens zuständig ist, da derselbe benebst von Errichtung eines Inventares befreit ist, so ist eine continuatio matrimonii et ad quaestus conjugalis allenthalben selbst durch das Gesetz verworfen, mag nun der Nießbrauch durch ein Testament dem Ueberlebenden zugewiesen sein, oder nicht, weil dadurch nichts Anderes festgesetzt würde, als was das L. R. zu Gunsten des überlebenden Gatten festgesetzt hat.

5) In einem Erkenntniß des Vogteiamtes Amöneburg vom 15. September 1787, J. S. Werrlein gegen Ehemant, kommt vor: Die Behauptung, daß die E. G. unter den Kindern bis zur Inventar-Errichtung fortdaure, weil dadurch erst zu erkennen gegeben werde, daß eine Theilung eintreten, und die Gemeinschaft aufhören solle, ist unbegründet.

Mevius lib. IV. Tit. 12 dec. 9 lehrt zwar, daß diese communio bonorum, wo sie durch ein statutum speciale eingeführt ist, nur in odium des überlebenden Gatten so lange währe, und dieser den Gläubigern in solidum verbunden bleibe, bis er sich durch Abtheilung mit den Erben von dieser Verbindlichkeit befreie; es widerstreitet dieses aber dem Grundsatz, daß für die Minderjährigen vor Allen zu sorgen ist, indem es ansonst lediglich von der Willkühr des überlebenden Parens abhängen würde, das den Minorennen durch den Tod als Eigenthum zugefallene Vermögen durch unterlassene Inventarisation und Theilung durchzubringen.

Das Vater- oder Muttergut kann daher zur Tilgung der im Wittwenstande contrahirten Schulden nicht beigegeben werde.

6) In dem Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Hahn und Mändel, kommt vor: Von einen acquaestu continuati matrimonii ob ommissam inventarisationem ist weder in den gemeinen Rechten noch in der Billigkeit etwas begründet, denn gleich wie der Acquest der Gatten ob societatem et in causam obvenientem laborum et industriarum eingeführt ist, so fällt auch derselbe cessante societate et communi labore hinweg, und steht demjenigen natürlicherweise allein zu, welchem die Mühe allein obliegt, daher denn auch in dem

Die mit dieser Anschauung verbundenen Schwierigkeiten lassen sich lösen, wenn der zur weiteren Ehe schreitende Gatte angehalten wird, die Illate des verstorbenen Gatten, und die bei dessen Tod vorhandene Errungenschaft zum Inventar zu manifestiren. Es wird dieses lediglich eine Anforderung und Zumuthung sein, welche an alle sorgsamen Eltern gestellt, und von diesen wieder erfüllt werden können, sobald sie nur ehrlich und mit jener Liebe zum Werke gehen wollen, welche das Familienband voraussetzt, und wozu sie außerdem der zu leistende Eid verpflichtet.

L. R. Tit. VII. § 2 u. 3 das Mehrere versehen ist, daß dem Letztlebenden Gatten der Nießbrauch in des Verstorbenen Güter völlig, cum onere tamen alimentandi liberos zustehe, und dabei nach Tit. VI. § 5 zu keiner Inventur verbunden sein soll.

7) Endlich kommt in den Gründen des O. A. G. E. vom 27. Juni 1855 Nr. 502 $^{54}/_{55}$ über diese Frage Folgendes vor: Neben den aus dem Dotalsystem sich ableitenden Consequenzen, an deren Spitze die Folge steht, daß die Ehefrau bezüglich ihres eingebrachten Vermögens Gläubigerin ihres Ehemannes wird, statuirt das M. L. R. zwischen den Ehetheilen die Errungenschaftsgemeinschaft. Nur auf diese Errungenschaft concentrirt sich die zwischen den Eheleuten bestehende G. G., ohne das gegenseitige Einbringen zu berühren. Besteht hiernach unter den Gatten, solange sie beide leben, bezüglich ihres gesammten Vermögens keine allgemeine G. G., so kann davon, daß der Ueberlebende mit den vorhandenen Kindern die G. G. fortsetze, keine Rede sein, da ein bei Lebzeiten der Gatten nicht bestandenes Verhältniß von dem Ueberlebenden mit den Kindern nicht fortgesetzt zu werden vermag. Es kann daher nur darum sich fragen, ob der Ueberlebende mit den Ehekindern die zwischen dem Gatten bestandene Errungenschaftsgemeinschaft fortsetze, und ob daraus, daß Falls eine Errungenschaft vorhanden wäre, diese zu $^1/_3$ (resp. $^2/_3$) den Kindern gebührte, die Folgerung sich ableitet, daß bei dem Mangel die Kinder verbunden sind, $^1/_3$ (oder $^2/_3$) der Passiven mit ihrem Mutter- (oder Vater-) Gut zu decken?

Dafür, daß die Kinder nach dem Tode der Mutter mit dem Vater die E. G. nicht fortsetzen, bestehen überwiegende Gründe. (Archiv merkwürdiger Rechtsfälle der rheinhessischen Gerichte Bd. II. S. 128. — Bopp, Beiträge I. S. 166. — Bl. f. R. A. Bd. 17 S. 119 ff.)

Der Rechtsgrund, das rechtliche Princip, auf dem die E. G. beruht, nämlich, daß die Besserung des Vermögensstandes das Ergebniß der Thätigkeit beider Eheleute sei, fällt mit dem Tode eines Gatten in sich selbst zusammen; die früher zwischen beiden Eheleuten getheilten Ehelasten concentriren sich nun im Ueberlebenden, dessen alleiniger Thätigkeit eine allenfallsige Besserung zu danken ist. Besteht das Princip nicht mehr, auf dem die E. G. beruht, so cessiren auch die für das Fortbestehen derselben nothwendigen Prämissen, zumal das L. R. Tit. III. § 3 den Begriff der Errungenschaft auf dasjenige ausdrücklich beschränkt, was während der Ehe errungen wird. Gegen eine Fortsetzung der E. G. zwischen dem überlebenden Vater und den Kindern spricht nicht nur Tit. VII. § 2, der jenem den vollen Nießbrauch des Vermögens des Verstorbenen sichert, während wenn eine E. G. fortgesetzt würde, auch Ueberschüsse aus dem ehefräulichen Vermögen zu $^1/_3$ den Kindern gehören müßten, sondern auch Tit. VI. § 1, wonach bei Errichtung von Inventaren die während des Wittwenstandes des Ueberlebenden erzielte Errungenschaft zum Vortheile der Kinder gar nie in Computation kommt, da dieß bei der Wiederverehlichung des Ueberlebenden doch sein müßte, falls jene Art der G. G. fortgesetzt würde.

Es läßt sich nicht einwenden, daß bei dem Nichtbestehen einer fortgesetzten E. G. den Kindern ihr Antheil an derselben bei erklecklichen Ueberschüssen entzogen werde, weil sie als Erben ihres Vaters (ihrer Mutter), wenn solche Aktivüberschüsse bestehen, selbe dennoch erhalten, wenn sie solche auch nicht als ein ihnen zukommendes selbstiges Vermögen theilweise beanspruchen können.

Gerade daraus, daß nach Tit. VI. § 1 des M. L. R. der sich wieder verehlichende Ehetheil nachweisen muß, wie viel er bis zur Wiederverehlichung an dem Vermögen des Verstorbenen verbrauchte, erhellt, daß die Ermittlung des Vermögens der vorhandenen Vorkinder auf den Zeitpunkt des Todes des verstorbenen Parens sich beschränkt, weil mit diesem Momente die während der Ehe bestandene E. G. sich faktisch gelöst hat. Es ist vom Todestage an nur der Verbrauch beim Inventar nachzuweisen. (Vergl. § 164 C.)

Wo diese Gewissenhaftigkeit der Eltern nicht obwaltet, da ist es ihnen, auch wenn das Inventar auf die Zeit der Wiederverehlichung gestellt wird, ebensogut möglich, Vermögenstheile zu verheimlichen, und sie müssen dann in beiden Fällen die Ueberführung absichtlicher oder fahrlässiger Täuschungen gewärtigen, wofür einerseits in Tit. VII. § 7 die Strafe der Entziehung des Nutzgenusses angedroht, anderseits nach Tit. XVI. § 13 die Möglichkeit gegeben ist, falsche Inventare abzuändern.

§ 93.

C. Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Abtheilung.

Es kann die ehliche Gütergemeinschaft durch Scheidung oder Vertrag für immer aufgehoben, und dadurch eine förmliche Abtheilung hervorgerufen werden, es kann aber auch in Folge von Schulden, deren Nachtheile der eine Gatte von sich abwenden will, ein Abschnitt in der Ehegesellschaft nothwendig werden, ohne daß damit die fernere Fortdauer der Errungenschaftsgemeinschaft beseitigt würde.

Da das gesammte Ehevermögen nach Außen, resp. Dritteren gegenüber eine Einheit darstellt, während es unter den Gatten ein genossenschaftliches Vermögen mit den Unterschieden des Zubringens und der Errungenschaft bleibt, kann während der Ehe für den einen oder anderen Gatten die Frage entstehen, ob eine Abrechnung wegen des aus seinem Vermögen geleisteten Vorschusses nöthig wird, um ihn vor der Gefahr des Verlustes seines Sondergutes zu bewahren. Diese Frage wird namentlich für die Frau im gegebenen Falle von Wichtigkeit werden, weil sich ihr ganzes Vermögen in der Verwaltung des Mannes befindet, während sie vermöge ihres geringen, nur auf die Haushaltung beschränkten Wirkungskreises selten in der Möglichkeit sein wird, die Genossenschaft umfassend zu verpflichten.

Eine solche Abtheilung, oder vielmehr Abrechnung kann dann die Grundlage der Vorfrage einer Ueberschuldung resp. des Concurses der ganzen Gesellschaft oder des einen oder anderen Ehegenossen bilden; denn bei jedem Concurse muß der Antheil bestimmt werden, welcher dem einen oder anderen Gatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen zukommt, indem beide an dem Eheverlust eventuell mit ihrem Zubringen nach Schwert- und Rockentheil betheiligt sind; es muß daher auch die Masse ausgemittelt werden, aus welcher die speziell auf dem Mann oder der Frau haftenden Schulden zu tragen sind, da gegebenen Falles nicht blos die Ehegenossen, sondern auch die Gläubiger des einen oder anderen Theiles eine Beschädigung erleiden würden, wenn das ganze Vermögen in einer Masse bleiben, und so einerseits der eine Gatte für die speciellen Schulden des Andern mithaftbar gemacht, anderseits das Sondergut des einen Gatten seinen eigenen Gläubigern theilweise entzogen, und Gläubigern des andern Gatten zur Deckung ihrer Forderungen überlassen würde, welche kein Recht darauf erworben haben. (§ 105.)

Jede Intervention eines Gatten bei der gegen den andern gerichteten Execution bedingt den Nachweis, daß der Intervenient durch den Vollzug eine Benachtheiligung seiner Rechte erfahren würde. Dieser

Nachweis kann aber nicht damit geliefert werden, daß die Exekutionsobjekte von dem Intervenienten wirklich zugebracht wurden, weil auch jedes Illatenstück gleichwie das ganze Zubringen pro rata für die Eheschulden haftbar wird, wenn die Errungenschaft entschöpft ist.

Ein solcher Fall rechtfertigt daher allerdings ein Executionsgegenvorschlagsrecht durch Bezeichnung eines zur Execution vor Allem dienlichen errungenen Objektes, aber keineswegs die blos auf die Qualität des Zubringens begründete Vindication eines zugebrachten Gegenstandes.

§ 93 a.

Ehliche Güterverhältnisse der israelitischen Glaubensgenossen.

Durch eine kurf. Regierungsverordnung vom 27. Oktober 1772 [1]) war einem Herkommen Gesetzeskraft verliehen, wornach zwischen israelitischen Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft nicht besteht, und nicht die Kinder, sondern der überlebende Ehemann das Zubringen der Frau erbt. Die Ehefrauen werden daher consequent nicht haftbar für die Eheschulden, falls sie nicht ausdrücklich sich als Theilhaberinnen einer gemeinsamen Handlung erklärt, oder nach Belehrung über die weiblichen Rechtswohlthaten eine Verbindlichkeit des Mannes mitübernommen haben.

Diese Verordnung erscheint aber durch das Gesetz vom 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der israelitischen Glaubensgenossen betreffend, Art. 1 Abs. 2 für Bayern aufgehoben, indem es dort heißt:

„Alle Ausnahmsbestimmungen . . . . . . sind aufgehoben."

„Dasselbe gilt in Bezug auf die Verhältnisse der israelitischen „Glaubensgenossen unter sich von allen Spezialgesetzen, Verordnungen „und Gewohnheitsrechten (Ritualgesetzen) insoweit sie das bürgerliche „Recht, insbesondere das ehliche Güterrecht und das Erbrecht

---

[1]) Diese Verordnung lautet:

Wir zur kurf. Mainzischen Regierung verordnete Hofrathspräsident rc. fügen zu wissen:

Nachdem bei den Juden insgemein hergebracht, daß nach Absterben einer jüdischen Frau, deren nachgelassene Kinder nicht- sondern der Mann des Weibs Zugebrachtes an sich ererbe, sofort die jüdische Weiber an der allenfallsigen Errungenschaft keinen Antheil, verfolglich auch bei ihren Lebzeiten zur Mitbezahlung des Mannes Schulden aus ihrem weiblichen Beibringen keineswegs gehalten seien, es wäre dann, daß solche als eine Theilhaberin der gemeinsamen Handlung sich ausdrücklich dargestellet, und besonders erkläret hätte. Als wird ein solches dem gesammten christlichen Publikum zur Warnung hiedurch bekannt gemacht, daß, dafern eine jüdische Frau zur Mitbezahlung des Mannes- Schulden in Ansehung ihrer Illatorum und Zubringens wirksam verbunden sein solle, dieselbe den Schuldschein, Verschreibung, Obligation oder Wechselbrief unter wohlverständlicher Erinnerung und Rechts-geziemender Verzicht deren weiblichen Wohlthaten, mitunterschrieben haben müssen; im Fall aber das jüdische Weib sich nicht mitunterschrieben, solche mit ihrem zugebrachten Vermögen keineswegs zu haften haben solle, sondern ein jeder Schuldgläubiger sich alsdann den allenfallsigen Verlust von selbsten beizumessen haben werde.

Sign. unter hiebeigedrucktem kurf. Regierungs-Kanzlei-Insiegel.
Mainz den 27. Oktober 1772.

(L. S.) G. B. von Reider
J. M. Hauck Regs. Secret.

betreffen." (Dollmanns Gesetzgebung Thl. I. Bd. I. S. 453. 478. § 17.)

Jene Verordnung hat also nur noch in Bayern Bedeutung für jene Ehen, welche vor der Verkündung des erwähnten Gesetzes geschlossen wurden. (Ges.=Bl. 1851 S. 33—38.)

In letzterer Rücksicht verdient noch Folgendes angefügt zu werden:

So viel die Rechtsverhältnisse der Israeliten unter sich betrifft, ihre besondere Erbfolge=Ordnung, dann die mit dieser in Verbindung stehenden Erbrechte, so wurden diese Verhältnisse größtentheils durch besondere Eheberedungen — Staar= und Chalizabriefe — auch Testamente geordnet. Es war daher äußerst selten der Fall, daß die Verlassenschaften der Israeliten anders als unter Berücksichtigung solcher vorhergegangener Traktate und letztwilliger Verfügungen — welchen jedoch das mosaische Recht als Grundlage diente — behandelt wurden, wobei nur bemerkt werden muß, daß alle durch Staarbriefe erworbenen Rechte durch Testamente nicht aufgehoben werden können.

Sind keine solche Verfügungen vorhanden, so treten folgende Ausnahmsgesetze ein:

Nach dem Ableben des Vaters sind bei der Concurrenz der Söhne mit Töchtern diese von dem Liegenschaftsnachlasse gänzlich ausgeschlossen; von dem Mobiliarvermögen erhalten sie die Hälfte des Erbtheiles eines Sohnes, haben aber keinen Anspruch auf Aussteuer.

In Ermanglung der Söhne erben die Töchter.

Ehliche Kinder schließen die unehlichen, selbst die in Blutschande erzeugten Kinder nicht aus, die Mutter muß aber Israelitin gewesen sein.

Haben die Töchter schon zu Lebzeiten des Vaters eine Aussteuer erhalten, so wird diese als Geschenk betrachtet, und nicht conferirt.

Eine vom Vater in den Ehepakten versprochene Aussteuer wird nicht verabreicht, wenn der Vater den Vollzug der Ehe nicht erlebt.

Alle Eheversprechen sind wirkungslos, wenn die Ehe nicht erfolgt.

Brüder erben mit Ausschluß der Schwestern unter sich, die Schwestern aber werden von allen Geschwistern gleich beerbt.

Das Repräsentationsrecht erstreckt sich bei Abgang der Söhne auf die Töchter. Der Mann ist Universalerbe der Frau, bei dessen früherem Ableben erben die Kinder die Mutter.

Von dem hinterlassenen Vermögen des Mannes muß die Frau verpflegt werden, bis sie ihr ganzes Einbringen zurückerhalten hat. Von der eingebrachten eigentlichen Aussteuer erhält die Frau, wenn die Ehe über drei Jahre gedauert hat, eine Vermehrung von 50%.

Es kann nur ein Intestaterbe zum Erben eingesetzt werden; dessen Intestaterbportion kann aber vergrößert, und derselbe sogar, jedoch unbeschadet des Erstgeburtsrechtes, zum Universalerben ernannt werden.

Wenn des Vaters erstgebornes Kind männlichen Geschlechtes ist, so erhält es aus des Vaters Verlassenschaft ein doppeltsöhnliches Erbtheil sowohl von dem beweglichen als unbeweglichen Besitzthum, nicht aber von den Aktivausständen, wenn solche nicht mit Faustpfändern gesichert sind.

Bei der Verlassenschaft der Mutter gilt kein Erstgeburtsrecht.

Der Erstgeborne überträgt sein Recht auf seine Descendenten, selbst auf weibliche bei Abgang der männlichen — nach des Vaters Tod kann er solches verkaufen, und auf jede Art an Andere übertragen. Bei Zwillingen entscheidet in den ersten sieben Tagen die Mutter die Erstgeburt, nachher der Vater [1]).

[1]) Diese Zusammenstellung wurde aus einem an das k. Appellationsgericht unterm 12. Dezember 1821 erstatteten Berichte des k. Kreis- und Stadtgerichtes Aschaffenburg entnommen.

Titulus IV.

Von Schulden, so während der Ehe gemacht werden.

§ 1.

Während der Ehe gemachte Schulden zahlt die hinlängliche Errungenschaft.

„Alle Schulden, die währender Ehe gemacht worden, „es seie von Mann oder Weib, die sollen ohne Unterschied „aus der Errungenschaft bezahlt werden";

Wer sonsten die übrige in- und vor der Ehe allein gemachte,

die ex delicto herrührende,

die Spielschulden,

„Wann sich aber die Errunngenschaft so weit nicht er„strecket, so soll jedes Ehegenoß diejenige Schulden, die es „währender Ehe absonderlich gemacht, und nicht in gemeiner „Nahrung verwendet, deßgleichen auch diejenige Schulden, „so ein oder anderer Theil vor angetretener Ehe contrahirt „hätte, von seinem Zugebrachten und Ererbten allein bezahlen, „desgleichen auch diejenige Schulden, welche ex delicto, so „des ein- als des anderen herrühren, nicht minder die con„trahirte Spiel-Schulden von demjenigen, welcher dazu con„demniret worden, oder resp. contrahiret, allein, ohne „mindeste Concurrirung des anderen Theils, ganz bezahlt „werden, und selbigem zu Last bleiben sollen."

§ 2.

die zum Nutzen des Haus-Weesen,

„Hätten aber beide Ehe-Genossen die Schulden ge„sambter Hand, oder das eine aus denenselben solche auch „ohne Vorbewußt des anderen, jedoch zu ihrem gemeinem „Hauswesen, oder Güter-Bau, gemacht, so solle der Mann „zwei Drittel, und die Frau ein Drittel daran zahlen."

die mit Vorbewußt des Andern gemachte, aber nicht widersprochene

„Wie dann auch diejenige Schulden, (welche eines aus „denen Eheleuten gemacht, obschon sie zum Besten der ge„meinen Nahrung nicht geschehen) der andere Ehe-Gatt, nach „Maaßgab seines Antheils Errungenschaft, aus dem seinigen „bezahlen solle, wenn es nur Wissenschaft gehabt, daß sein „Ehegenoß diese Schulden mache, und dargegen bei Gericht „oder bei denen Creditoren nicht protestiret, sondern darzu „still geschwiegen hat;"

§ 3.

und wie die aus gemeinschaftlichem Handel herrührende Schulden zu bezahlen.

„Diejenige Weiber, so mit ihren Männern eine ge„meinschafftliche Handelschaft treiben, die sollen von denen in „Ansehung oder wegen der Handelschafft gemachten Schulden, „jedes nach Proportion seines an der Errungenschafft habenden „Antheils, bezahlen; Wann aber sothane Schulden aus der „Errungenschaft nicht können bezahlt werden, so sollen als„dann beide, der Mann und die Frau, aus ihrem Vermögen „sothane Schulden nach Schwerdt- und Rockentheil zu be„zahlen gehalten sein; Ist aber des Manns Vermögen nicht „hinlänglich, die zwei Drittel zu zahlen, so soll alsdann und „in solchem Fall die Frau aus ihrem Zubringen oder Hei„raths-Gut, was daran fehlet, zahlen, und also auch im „Gegentheil, wann die Frau ihren Antheil nicht zu bezahlen „im Stand, soll denselben der Mann aus dem Seinigen „abtragen und ergänzen."

§ 4.

Die Frau muß die Schulden zahlen, für welche sie gut gesprochen,

„Solle eine jede Frau die Schulden völlig zu bezahlen „schuldig sein, wegen welcher sie für ihren Mann gut ge„sprochen, wann sie bei dieser Bürgleistung, Auth. Si qua „Mulier 2c. 2c. wie auch dem beneficio dotis et aporta„torum vorher wohl erinnert, behörig vor einem ordentlichen „Richter renunciiret und bekennet, daß sie hierzu von ihrem „Mann nicht durch Furcht, oder Bedrohung seie gezwungen „worden: Das ist: Es solle der Frau von dem ordentlichen „Richter, nemlich vor dem gantzen Gericht, oder wenigstens „vor dem Schultheiß, einem Schöffen und dem Gerichts„schreiber bekannt gemacht werden:

nach Maaß hier vorgeschriebener Form.

„Wie die gemeine Rechten zwar verordnet, „daß ein Weib nicht solle gültiger Weiß versprechen „und sich verbinden können, aus dem Ihrigen „für ihren Mann gut zu sprechen, oder die Be„zahlung leisten zu wollen, es seie dann, daß sie „denen in denen Rechten ihr zukommenden Wohl„thaten erinnert worden, und darauf verspreche, „daß (obwohlen ihr in Rechten obige Wohlthaten „zukommeten) sie jedoch sich wolle solcher Wohl„thaten, als nunmehro genugsam deshalben erinnert „und verständiget, ausdrücklich wegen dieser oder „jener ihr bewußten Schuld, oder Aufnahm dieser „oder jener Geld-Darleih, oder sonstiger ihres „Manns Schuldig- und Obliegenheit, begeben und „darauf mit an Aydes statt gegebener Handtreu „wissentlich und wohlbedächtlich, auch ohne Forcht „und Zwang freiwillig verziehen, und renunciiret „haben."

„Wann nun dieses also beobachtet worden, so mag als„dann das Weib sich einiger Rechtlicher Wohlthat in An„sehung sothaner Schuld nicht mehr erfreuen, noch sich in „Prozessen darauf beziehen."

§ 94.

Einleitung.

Wenn in einem Vertrage blos über die Gewinn-Antheile aus einem Rechtsgeschäfte Bestimmung getroffen ist, muß dasselbe Verhältniß auch für den Verlust der Betheiligten gelten, und umgekehrt. Wenn also bei einer Societät ausgemacht wurde, daß der eine Theilnehmer 2/3, der andere 1/3 des Gewinnes haben soll, und anstatt des gehofften Gewinnes die Gesellschaft zu Schaden kommt, so muß der erstere 2/3, der letztere 1/3 des Schadens tragen. (Gajus, lib. III. § 150 — § 3 J. [3. 25].)

Diese gemeinrechtliche Regel befolgt auch das M. L. R., indem es in Tit. IV. den Verlust der Ehegesellschaft gerade so vertheilt, wie es in Tit. III. den Ehegewinn auf die Ehegenossen ausgeschieden hat. Diese beiden Abschnitte des Gesetzes stehen sohin schon nach der Natur der Sache in einer untrennbaren Wechselwirkung, d. h. alle Vorgänge, welche bei günstigem Erfolge das Sondergut oder den Antheil der Errungenschaft vermehren, müssen diese beiden Vermögenstheile vermindern, wenn das Ergebniß der Ehegesellschaft ein ungünstiges war.

So wie sich ferner während der Dauer der Ehe das ganze, dem Gebrauche nach gemeinschaftliche Ehevermögen als eine unausgeschiedene Aktivmasse darstellt, so sind es auch die damit verbundenen Lasten; Aktiva wie Passiva erfahren erst bei der Theilung die gesetzliche Ausscheidung.

Das L. R. bezeichnet diese Lasten mit dem Worte „Schulden“; es verstehen sich darunter aber nicht blos jene Passiven, welche von einem Geldanlehen herrühren, sondern alle Verbindlichkeiten, welche aus Verträgen oder sonstigen Gründen wie immer entstanden sind. (§ 2 J. [3. 14] § 1 J. [4. 6] l. 1 pr. D. [44. 7] l. 10, 11 12 D. [50. 16].)

Schuld ist daher jede Verpflichtung, etwas für sich oder einen Anderen zu zahlen, oder zu thun, wie es entweder versprochen wurde, oder wie es kraft des Gesetzes geschehen muß. Die Praxis bezeichnet auch alle diese den Gatten zukommenden Obliegenheiten als Ehelasten, und diese sind vor Allem aus dem Ehevermögen zu befriedigen.

Da auch das zugebrachte Vermögen nicht blos nach Tit. IV. in gewissen Fällen für die Verpflichtungen der Ehe subsidiär haftet, sondern auch nach Tit. III. § 1 von der bei der Theilung vorhandenen Masse in Abzug zu bringen ist, bevor nach Tit. III. § 3 von einer Errungenschaft die Rede sein kann, so erscheint auch das beiderseitige Zubringen der Gatten bei der Theilung gleichsam als eine auf der Masse haftende Last, obwohl es anderseits vermöge der aus ihm in die Errungenschaft fließenden Nutzungen auch ein Aktivbestandtheil der Masse, und so in beiden Beziehungen während der Ehe enge mit der ehlichen Gütermasse verbunden ist.

In Folge der zwischen den Gatten bestehenden Gesellschaft, sind dieselben verbunden, die ehlichen Schulden (oder Lasten im obigen Sinne) gemeinschaftlich nach Verhältniß ihres Antheiles an der Errungenschaft zu tragen [1]). Der Aufwand wird ebendeßhalb zunächst von dem Erwerb,

---

[1]) Was die Schuldenhaftung der Gatten betrifft, so trennt auch die Wissenschaft rücksichtlich der Errungenschaftsgemeinschaft die einhändischen und gesammthändischen

und soweit dieser nicht hinreicht, von dem Einbringen jedes Gatten nach Verhältniß seines Antheiles an dem Erwerbe bestritten.

Zu den ehlichen Lasten ist jeder Aufwand zu rechnen, welcher nothwendig wird:

I. Durch die besonderen rechtlichen Verhältnisse des Mannes oder der Frau. Hiezu gehören Zahlung der Taxen für ein übertragenes Amt, der Besoldungssteuer, wegen der polizeilichen Gewerbserlaubniß, Bürgerabgaben 2c. 2c.

II. Durch die aus der Ehe begründeten Verbindlichkeiten: a) Alimentation der Familie. Hiezu gehört Unterhalt und Kleidung der Gatten und Kinder, Krankheitskosten, insbesondere die Erziehung, Bezahlung des Lehrgeldes und der Studierkosten der gemeinschaftlichen Kinder. (Die Pflichten der Stiefeltern gegen die Vorkinder hängen mit dem Nutzgenuß des überlebenden Gatten nach Tit. VII. des M. L. R.

Passiven unter Ausscheidung der vorehlichen Schulden, welche auf dem Sondergute ihrer Urheber haften. Jene Schulden, welche der eine Gatte ohne Mitverpflichtung des anderen Ehetheiles allein contrahirte, betreffen nur das Separatvermögen des ersteren. (Würtemb. L. R. IV. Tit. IV, § 3.) — Die von beiden Gatten zum Nutzen des Haushaltes und ehlichen Erwerbes gemachten hingegen sind primär aus der Errungenschaft zu zahlen. Ueber die Frage, wie es zu halten sei, wenn die Errungenschaft nicht zureicht, haben sich zwei Ansichten unter den Juristen gebildet. Nach der einen in der Praxis verbreiteteren, auch von mehreren Partikulargesetzen adoptirten (Würtemb. L. R. IV. Tit. IV § 4. — Mainzer L. R. IV. § 2), der sogenannten Societätstheorie, sollen alsdann die Schulden aus den Sondergütern der beiden Gatten nach Maßgabe ihres Antheiles am Erwerb bezahlt werden.

Die andere z. B. von Walter, P. R. § 225 S. 235, vertretene Doktrin aber weist, von einer consequenten Durchführung der natürlichen und rechtlichen Stellung des Mannes in der Ehe ausgehend, zuvörderst an sein gesammtes Separatvermögen, und erst nach dessen Erschöpfung an jenes der Ehefrau die Schuldentragung, an letzteres übrigens pro rata ihres Anspruches an die Errungenschaft. (Bluntschli, d. P. R. S. 480 nr. 3. — Gengler, d. P. R. S. 1835.)

Nach dem Mundialsysteme sind ehliche Schulden der Frau, welche über ihre Schlüsselgewalt hinausfallen, und überdieß ohne ihres Mannes Wissen und Willen contrahirt wurden, für diesen und das Gesammtgut unverbindlich, er hät'e denn die daraus entsprungenen Vortheile für sich oder zu gemeinsamen Ehezwecken verwendet. (Bamberger Stadt-R. Tit. XX. § 241 u. 242. — Kraut a. a. O. S. 409 ff. — Gengler a. a. O. § 193.) Das M. L. R. huldigt, was die gegenseitigen Verhältnisse der Gatten betrifft, dem Genossenschaftssystem, und hat, wenn es auch dem Manne die aus dem Mundium hervorgehende Schutz- und Verwaltungsgewalt einräumt, doch die ehliche Genossenschaft der Frau zum Ausgangspunkte. Die Theilnahme der Frau an der ehlichen Errungenschaft, und ihr Einfluß auf die keineswegs unumschränkte Verwaltung des Mannes führt zu einer entsprechenden Theilnahme der Frau an der Tragung der Lasten der Ehe in der Art, daß diese Lasten zunächst aus dem Errungenen und dann aus dem Beigebrachten in dem Maßstabe getragen werden, in welchem auch der Erwerb dem Beigebrachten zuwächst. Eine Verweisung jener Eheschulden, welche nicht aus dem Erwerb getilgt werden können, auf das Zubringen des Mannes allein wäre demnach nach den Grundsätzen des M. L. R. um so mehr eine Inconsequenz, als die Frau den Mann in seiner Verwaltung selbst bezüglich der Errungenschaft in der Weise beschränken kann, daß er nicht willkührlich der Frau resp. ihren Erben ihren Errungenschaftsantheil schmälern oder ganz entziehen kann. Noch schärfer ist dieses Recht der Frau bezüglich der Verwaltung des Mannes an ihrem Illat ausgeprägt (§ 82). — Außerdem hat das M. L. R. in Tit. IV. auch den Unterschied zwischen Lasten der Ehegatten und Lasten der Ehe scharf hervorgehoben, so daß zu den letzteren keineswegs aller Aufwand resp. alle Schulden des Mannes gehören, ohne Unterschied, zu welchem Zwecke sie gemacht werden, und was sie betreffen, ob sie aus der Zeit vor oder während der Ehe stammen, ob sie ihren Grund in erlaubten oder unerlaubten Handlungen des einen oder des anderen Gatten haben.

zusammen.) b) Ausstattung der gemeinschaftlich erzeugten Kinder als letzter Akt der Unterhaltungspflicht.

III. Zum Besten der ehlichen Gesellschaft. Hierher sind zu rechnen: a) jene Ausgaben, welche unmittelbar auf die der Gesellschaft gehörigen Güter verwendet werden, sei es zum Zwecke ihrer Benützung oder zum Zwecke ihrer Verbesserung oder Vermehrung, weil die Gesellschaft als solche Eigenthümerin dieser Güter ist, b) jener Aufwand, welcher nach den Regeln des Nießbrauchs auf die zugebrachten Güter ihrer Benützung wegen verwendet wird, und verwendet werden muß, um dieselben zu unterhalten, z. B. die Bau- und Reparaturkosten, Steuern und andere öffentliche Abgaben, dann Zinsen aus den von den Gatten in die Ehe gebrachten Schulden, weil auch die Renten des eingebrachten Aktivvermögens von der Gemeinschaft benutzt werden.

IV. Aus der Verbindlichkeit der Gatten, die ehlichen Lasten gemeinschaftlich zu tragen, fließt ihre Pflicht: a) die Verminderungen, welche das Zubringen der Gatten der Gesellschaft wegen erlitten hat, nach den Regeln des Nutzgenusses zu bezahlen. Solche Verminderungen geschehen entweder durch Veräußerung (wohin sowohl Verkauf, als jede Beschwerung eines Gutes mit einem dinglichen Recht, z. B. Pfandrecht, Dienstbarkeit gerechnet wird), oder durch den Verbrauch verzehrbarer Sachen, welche, weil nur ein quasi usus fructus daran denkbar ist, in das Eigenthum der Gemeinschaft übergehen, oder jener Sachen, welche durch den Gebrauch abgenutzt werden, wenn sie verkaufsweise eingebracht, oder durch regelwidrigen Gebrauch entwerthet wurden. Die gewöhnliche Abnutzung der Objekte letzterer Art fällt nach dem Gesetze Tit. III. § 3, sowie nach den gemeinrechtlichen Regeln des Nutzgenusses dem Nutznießer also der ehlichen Gemeinschaft ohne Entschädigungspflicht zu. (l. 12 § 1 D. de usufr. l. 1. pr. l. 9 § 3 D. usufr. quemadm. caveat. — Seufferts P. R. § 169.) b) Die Schulden, welche um der Gemeinschaft willen gemacht wurden, gemeinschaftlich zu bezahlen. Es sind dieses jene Schulden, welche zur Bestreitung des durch die ehlichen Lasten veranlaßten Aufwandes gemacht wurden, sei es, um sich einer gemeinschaftlichen Verbindlichkeit zu entledigen, oder um das gemeinschaftliche Vermögen zu vermehren. Eine solche Schuld muß bei der Theilung von der Gemeinschaft, und wenn oder soweit deren Vermögen nicht zureicht, nach Schwert- und Rockentheil aus dem Sondergut getragen werden. Hiedurch erfüllt jeder Gatte blos seine eigene Verbindlichkeit, und erwirbt deßhalb keinen Anspruch an den andern, mag die Zahlung während der Gemeinschaft von ihm selbst geschehen sein, oder bei der Theilung ihm aufgerechnet werden.

Gleichwie nach Tit. III. § 4 die Vermuthung dafür streitet, daß ein Gut errungen sei, so lange nicht bewiesen ist, daß es zugebracht wurde, gilt auch die Vermuthung, daß eine Schuld während der Ehe entstanden sei, und die Gemeinschaft treffe, oder daß eine Werthsverringerung durch Verbrauch entstanden sei, so lange nicht das Gegentheil feststeht.

§ 95.

Systematische Entwicklung des ehlichen Schuldenwesens.

Aus den angeführten Grundsätzen der Gemeinschaft und des ehlichen Nießbrauches, insbesondere aus der Vereinigung des gesammten Vermögens

während der Ehe zu den Ehezwecken, sowie aus dem Begriffe der Ehezwecke (§ 94) oder Ehelasten ergibt sich folgende Darstellung.

Der Schuldenstand der Gemeinschaft und die persönlichen Schulden der Gatten haben eine doppelte Bedeutung, je nachdem es sich um die Gatten unter sich und die Abtheilung, oder um das Verhältniß der Gatten zu den fremden Gläubigern handelt.

Wenn die Schulden einerseits häufig aus den Gütern bezahlt werden müssen, von denen sie bei der Abtheilung zu tragen sind, so pflegen sie doch auch anderseits aus Gütern bezahlt zu werden, welche in dieser Beziehung nur einen Vorschuß leisten, und welche dem Gläubiger gegenüber nur vorbehaltlich des Rückgriffs oder der Vergütung aus dem Vermögen des wahren Schuldners haften. So ist die Gemeinschaft oft gehalten, eine Schuld zu bezahlen, die dem einen Gatten persönlich zur Last bleiben muß (§ 83), und umgekehrt kann dieser Gatte gehalten sein, eine Schuld zu tilgen, welche zuletzt dem andern Gatten oder der Gemeinschaft zur Last bleibt.

Es stellt sich demnach eine zweifache Art von Schulden dar: a) Schulden, welche die Errungenschaft definitiv zu tragen hat, und b) Schulden, welche der Errungenschaft bei der Abtheilung oder beim Concurse von dem einen oder andern Gatten zu ersetzen sind.

Unter diesen Gesichtspunkten sind gesondert zu prüfen:

I. Die Schulden, welche älter als die Ehe sind — die vorehlichen Schulden —.

II. Jene Schulden, welche zwar während der Ehe entstehen, aber demungeachtet nur den contrahirenden Gatten haftbar machen.

III. Schulden, welche während der Ehe entstehen, und a) primär auf der Errungenschaft eventuell auf dem Vermögen des contrahirenden Gatten, b) primär auf der Errungenschaft, eventuell nach Verhältniß des Errungenschaftstheiles auf dem Zubringen beider Gatten, c) primär auf der Errungenschaft eventuell auf dem Zubringen beider Gatten für das Ganze ruhen.

§ 96.

I. Vorehliche Schulden.

Vor Allem ist auf die vorehlichen Schulden der Grundsatz anzuwenden „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno“, so daß diese Schulden das Einbringen des treffenden Gatten schon von Beginn der Ehe an um ihren Betrag verkürzen, und daher unbestritten persönliche Schulden jenes Gatten sind, welcher sie gemacht hat, und auch nur gegen sein Einbringen verfolgt werden können.

Es gilt dieses jedoch unbedingt nur bezüglich des Schuldkapitales (einschlüßlich der vorehlichen Zinsen), welches in dieser Weise vom Aktivkapital oder von der Substanz des Einbringens abgezogen zu denken ist, wogegen die während der Ehe entstandenen Schuldzinsen als negative Nutzungen, oder als Lasten des Einbringens-Ertrages mit letzterem in die Gemeinschaft in der Weise übergehen, daß sie auf jenen Eheerwerb ihren Einfluß geltend machen. Die Passivzinsen solcher zugebrachten

Schuldkapitalien verzehren nämlich verhältnißmäßig den sonst der Gemeinschaft aus dem Einbringen anfallenden Gewinn, und werden insoferne ebenfalls dem Gebrauche nach, wie das Zubringen selbst, eine gemeinschaftliche Schuld der Ehe.

Vergleicht man die Frage der Zahlung der Passivkapitalien und deren Zinsen mit den Rechtsregeln des Nießbrauches, so gelangt man zu dem obigen Resultat. Weigert sich der Nutznießer (also die ehliche Gesellschaft), die auf den Nutznießungsobjekten (dem Zubringer) ruhenden Schulden zu bezahlen, so müssen zur Tilgung die Nutzungsgüter bis zum Betrage der Schuld verkauft werden, und dann verliert der Eigenthümer — der treffende Gatte, welcher die Schuld zugebracht hat — den Gegenstand, und der Nutznießer die Rente daraus. Versteht sich aber der Letztere dazu, selbst das Kapital zu bezahlen, dann hat ihm der Eigenthümer das Kapital zu ersetzen, aber erst nach Beendigung des Nießbrauches, also nach Beendigung der ehlichen Gesellschaft, weil der Nutznießer bis dahin anstatt der Zinsen des zur Abtragung des Kapitals aufgewendeten Betrages die Nutzungen und den Ertrag des durch jenen Aufwand der Gemeinschaft erhaltenen Objektes bezieht.

In dieser Hinsicht lassen die Zahlung des Kapitales durch den Nutznießer mit den Hauptausbesserungen, und die Zahlung der Zinsen mit den Ausbesserungen zum Unterhalt der dem Nutzgenuß unterworfenen Sache nach den Regeln des Nutzgenusses eine Parallele zu.

Hauptausbesserungen hat der Eigenthümer der Sache zu bestreiten, weil sie dazu dienen, das Objekt selbst vor dem gänzlichen Untergange zu bewahren; insoferne dadurch aber auch der nutznießenden Gemeinschaft der Ertrag des Objektes erhalten bleibt, geht dieser der Vortheil zu, welcher sonst aus dem für die Hauptausbesserung verwendeten Kapitale entstanden wäre, oder welcher die Zinsen des von Dritteren zu diesem Zwecke aufgenommenen Kapitales repräsentirt. Die Zinsen muß also der Nutznießer tragen, d. h. die Ehegemeinschaft [1]). Die in die Ehe gebrachten Schulden haften hiernach,

---

[1]) Hat also z. B. die Frau ein Haus im Werthe von 3000 fl. in die Ehe gebracht, auf welchem 3000 fl. Kapitalschulden mit einem jährlichen Zinse zu 120 fl. haften, so benützt die ehliche Gemeinschaft zwar das ganze Haus, obgleich es Eigenthum der Frau ist, hat aber auch jene Zinsen zu entrichten.

Wird jenes Kapital gekündigt, so muß das Haus zur Abzahlung verkauft werden, und es entgeht dadurch der Frau ihr Eigenthum am Hause, der Ehegesellschaft aber die Benutzung desselben. Zieht es die Gemeinschaft vor, jenes Kapital aus dem Gemeingut zu bezahlen, um sich die Benutzung des Hauses zu bewahren, so muß bei erfolgender Theilung die Frau jenes Kapital ersetzen, die Zinsen des Kapitales fallen aber der Gemeinschaft zu Last, weil sie anstatt derselben das Haus benutzt hat.

Bedurfte jenes Haus während der Ehe eines Umbaues, um es vor dem Untergange zu bewahren, so hat die Frau die Wahl, ob sie das Haus zu Grunde gehen, oder wieder herstellen lassen will. Im ersteren Falle geht ihr das Eigenthum und der Gesellschaft der Genuß verloren, im letzteren Falle bewahrt die Frau für sich ihr Eigenthum, und für die Gemeinschaft die Benutzung desselben. Die Möglichkeit der Fortbenutzung gewährt also der Gemeinschaft allein während der Ehe einen Vortheil, daher hat auch die Gemeinschaft die Zinsen des aufgewendeten Kapitales so lange zu tragen, als sie den Nutzen jenes Kapitales zieht, d. h. solange die Gemeinschaft dauert.

Hat die Gemeinschaft durch den Mann als Verwalter ohne Auftrag der Frau die Hauptausbesserung des Hauses vornehmen lassen, so fragt es sich, ob diese Herstellung im Interesse der Frau rücksichtlich ihres Eigenthumes lag, oder nicht,

soweit es den Grundstock betrifft, immer nur auf dem Vermögen des betreffenden Gatten, und können das Sonder-Vermögen des andern Gatten niemals verpflichten.

Eine besondere Beachtung nehmen jene vorehlichen Schulden in Anspruch, welche wegen eingebrachter Mobilien entstanden sind, z. B. wenn ein Gatte vor der Hochzeit Ausstaffirungsgegenstände gekauft, aber nicht bezahlt hat. Solche Gegenstände dienen dem häuslichen Gebrauche und sind insofern der Benützung nach gemeinschaftlich. Es können nun allerdings die Anschaffungskosten durch Veräußerung jener Mobilien wieder ganz oder theilweise gedeckt werden, und die Bezahlung der Schuld würde dann aus einem Illat des Mannes oder der Frau geschehen; allein sofern sie für den Ehegebrauch beibehalten werden sollen, stellen sie Gegenstände dar, welche ohne den früheren Ankauf in der Ehe oder aus Mitteln der Gemeinschaft angeschafft werden müßten. Solche Schulden werden daher den ehlichen Schulden vollkommen gleich zu achten sein, wogegen aber auch die Objekte selbst Eigenthum der Gemeinschaft werden. Ausnahmen bilden nur Objekte, welche nicht dem Ehezweck dienen, sondern dem ausschließenden Gebrauche eines Gatten, z. B. Geschmuck oder besonderen Liebhabereien dienende Geräthe eines Gatten. Letztere, so wie alle auf ein Sondergut dieses Gatten sich beziehenden Schulden, welche er behufs Erwerbung, Erhaltung oder Verbesserung eines beim Abschlusse der Ehe ihm gehörenden, und seinem speciellen Gebrauche dienenden Objektes contrahirt hat, bleiben Sonderschulden jenes Gatten auch bezüglich der dafür zu entrichtenden Zinsen, welche, wenn sie aus der Errungenschaft entnommen wurden, auch dahin beim Abschluß der Ehe zu ersetzen sind [1]).

Zu erwähnen ist noch, daß es nach der Wortfassung des L. R. Tit. IV. § 1 scheinen möchte, als wenn auch die vorehlichen Schulden aus der Errungenschaft zu bezahlen wären, sofern diese zureicht.

---

und im ersteren Falle liegt in dieser Handlung des Mannes der Frau gegenüber eine nützliche Geschäftsführung, wofür sie nach Beendigung der Ehe den Aufwand jedoch ohne Zinsen ersetzen muß, weil bis dahin der Nutzen, also auch die Zinsen der Gemeinschaft zukommen.

[1]) In Ansehung der Frage, ob wegen vorehlicher Schulden der Frau die von derselben in die Ehe gebrachten Güter angegriffen werden können, weil daran der Gemeinschaft und resp. dem Manne die Nutznießung zusteht, unterscheiden manche Schriftsteller zwischen Heirathsgut und Zubringen. An letzteren soll sich der Gläubiger schon während der Ehe halten können, hinsichtlich der Heirathsgüter aber habe die Execution bis zur Beendigung der Ehe zu ruhen. Allein auch das Heirathsgut kann nur als aus freiem Vermögen nach Abzug der Schulden bestellt betrachtet werden. Was die Gesetze über das dem Manne an den Dotalgütern zustehende dominium civile, und über die Bestimmung derselben zur Bestreitung der Bedürfnisse des ehlichen Haushaltes verordnen, kann seine volle Wirksamkeit nur auf ein aus schuldenfreiem Vermögen bestelltes Heirathsgut äußern. Hiebei wird jedoch vorausgesetzt, daß die Entstehung der Schuld nicht blos der Schließung der Ehe, sondern auch der Festsetzung und Versprechung des Heirathsgutes vorhergegangen sei, denn schon aus dem Versprechen der dos erlangt der Mann ein Klagrecht (die actio ex stipulatu), mit welchem die stillschweigende Hypothek verbunden war. (Lauterbach, colleg. theor. pract. lib. XXIII. Tit. III. § 19. — O. A. G. E. vom 14. April 1826, J. S. Limbach gegen Götz.)

Mit diesen gemeinrechtlichen Sätzen stimmt auch das M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11, welches den Gläubigern während der Ehe an den Heirathsgütern der Frau nicht einmal den Nutzgenuß gestattet, außer solange der Mann lebt, wenn die Schulden einseitig während der Ehe gemacht wurden.

Weber hat auch in Bd. III. S. 741 § 22 seiner Statutarrechte die Sache so dargestellt, indem er sagt:

1) Alle Schulden während der Ehe sollen aus der Errungenschaft bezahlt werden.

2) Reicht aber die Errungenschaft nicht zu, so hat jeder Theil α die Schulden, die er währerd der Ehe einseitig gemacht hat, β die vorehlichen Schulden, γ die aus Verbrechen herrührenden Schulden, und δ die Spielschulden aus seinem Vermögen zu tragen.

Allein diese Auffassung entbehrt jeder Begründung. Die statutarischen Bestimmungen über die Eheschulden müssen nothwendig von demselben Gesichtspunkte aus aufgefaßt werden, wie die Bestimmungen über Activvermögen.

Hiernach entsprechen die vorehlichen Schulden den Gütern, welche jeder Gatte vor der Ehe bereits hatte. Beide sind daher als Zubringen Eigenthum des betreffenden Gatten (soferne man von einem Eigenthum an Schulden sprechen kann) vor und während der Ehe, und jene Schulden müssen daher auch nach dem Grundsatze »bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno« nur von dem eingebrachten Vermögen abgerechnet werden.

Ein gleiches Verhältniß besteht bezüglich der in dieser Gesetzesstelle aufgeführten Delikts- und Spielschulden; denn sowenig eine Gemeinschaft durch Erwerb aus einer verbotenen Handlung auch gemeinrechtlich bereichert werden kann, ebensowenig kann sie dadurch verpflichtet werden, weil die verbotene Handlung oder das Spiel nicht in den Zwecken der Gesellschaft liegt. Grammatisch muß daher die fragliche Gesetzesstelle in folgender Weise gefaßt werden: Als Regel gilt, daß alle während der Ehe, sei es vom Manne oder von der Frau contrahirten Schulden aus der Errungenschaft bezahlt werden müssen (weil auch der Erwerb beider Eheleute oder auch nur eines derselben nach Tit. III. § 3 u. 5 der Errungenschaft zufließt). (A. G. E. vom 9. November 1860 Nr. 757. — A. G. E. vom 12. März 1864. — A. G. E. vom 19. Juli 1864 Nr. 772 63/64.)

Die im Gesetze begründeten Ausnahmen müssen von dem, welcher sich darauf beruft, bewiesen werden.

Reicht jedoch die Errungenschaft zur Zahlung solcher Schulden nicht hin, so soll jeder Gatte die von ihm gemachten (die absonderlich gemachten) und zum Besten der Gemeinschaft nicht verwendeten Schulden allein, und ohne Concurrenz des andern Theiles gerade so tragen, wie die vorehlichen Schulden, die Delikts- und Spielschulden, welche nach den Worten des Tit. IV. § 1 Abs. 2 allein und ohne mindesten Beitrag (also auch ohne Beitrag aus dem Errungenschaftsantheile des andern Gatten) von dem betreffenden Gatten „ganz bezahlt werden, und selbigem zur Last bleiben sollen".

Vorausgesetzt wird bei diesen einseitig contrahirten Schulden nach Tit. IV. § 2 Abs. 2, daß der andere Gatte von der Schuldaufnahme nichts wußte, oder daß er, wenn er Kenntniß davon hatte, nicht dagegen protestirt hat.

§ 97.

II. Schulden, welche zwar während der Ehe entstehen, aber demungeachtet nur das Sondergut des contrahirenden Gatten ergreifen.

a) Hierher gehören: jene Schulden, welche auf dem Zubringen haften, welches während der Ehe durch Erbschaft, Legat, Schenkung,

Surrogat 2c. 2c. in die Ehe kommt. Die Verhältnisse dieser Schulden bezüglich Kapital und Zinsen regeln sich im Allgemeinen gerade so wie bei den übrigen zugebrachten Schulden, d. h. das Kapital haftet auf dem erbenden oder beschenkten Gatten, während die während der Ehe aufwachsenden Zinsen aus der Errungenschaft zu bezahlen sind. Hatte der eine Gatte eine Sonderforderung an den Erblasser, so hat er seine Forderung an den anderen Gatten, wenn die Erbschaft an den letzteren fällt, sowie dieser umgekehrt sein Gläubiger wird, wenn er an den Erben etwas schuldete. Die Gläubiger können ihren Zugriff richten auf die Güter der Erbschaft oder Schenkung, oder auf die Sondergüter des erbenden oder beschenkten Gatten.

b) Hierher gehören ferner die Delikts- [1]) und Spielschulden nach Tit. IV. § 1 Abs. 2 des M. L. R., weil schon gemeinrechtlich eine verbotene Handlung, wozu auch die hier gemeinten Hazardspiele gehören, eine Gemeinschaft nicht bereichern, also auch nicht verpflichten kann. Bezüglich des gegenseitigen Verhältnisses der Gatten beruht diese Bestimmung auf dem Grundsatze, daß beide Gatten sowohl nach der Natur der Sache, als vermöge ihrer Eigenschaft als Gesellschafter verpflichtet sind, überall zum Besten der Gemeinschaft zu handeln, und daß namentlich der Ehemann als Verwalter des Ehevermögens gehalten ist, dieselbe Sorgfalt, welche er seinem eigenen Vermögen widmet, auch auf das Gemeingut (die Ehenahrung) und auf das Zubringen der Frau zu verwenden l. 52 § 2 D. (17. 2.) Die fränk. L. G. O. stellt daher in P. III. T. 88 § 9. 10 die Regel auf, daß bei der E. G. Alles, was ein Gatte durch Schwelgerei oder Delikte durchbringt, nicht aus der Gemeinschaft, sondern aus den Gütern des treffenden Gatten zu bezahlen ist.

Sowie das Wort „Spielschulden" in Tit. IV. § 1 offenbar nur beispielsweise als eine Art der Verschwendung (wozu auch Trunksucht, Kleiderluxus 2c. gehören) aufgeführt ist, so ist das Wort „Delikt" in dem allgemeinen Sinne zu nehmen, in welchem es das r. R. gebraucht, also sowohl für öffentliche als Privatvergehen, insofern daraus durch Beschädigungen Dritterer oder der Ehegüter Haftbarkeiten erwachsen. Zu den Privatdelikten namentlich zählt das gemeine Recht nicht blos Diebstahl [2]) und Raub, sondern jede Beschädigung durch widerrechtliche Thätigkeit, es mag die betreffende Handlung mit oder ohne Absicht (dolo vel culpa) geschehen, und das Versehen groß oder klein sein. Was hiernach mit der actio legis Aquiliae außer dem Eheverband verfolgt werden könnte, muß der betreffende Gatte bei der Abtheilung aus seinem Vermögen ersetzen, da bei der Lösung jeder Gesellschaft die Genossen einander Rechnung zu stellen schuldig sind.

Das M. L. R. versteht also unter Delikten nicht blos arglistige Handlungen, sondern auch schuldhafte Nachlässigkeit, welche das Gemeingut oder Sondergut zu Schaden bringen, und macht dafür den schuldhaften Gatten dem andern gegenüber mit seinem eigenen Vermögen ebenso

---

[1]) Zu den Deliktsschulden gehören auch die Ansprüche einer außerehlich Geschwächten, Alimentengelder außerehlich erzeugter Kinder, Schmerzengeldsforderungen.

[2]) Der Diebstahl unter Ehegatten begründet auch nach r. R. (D. 25. 2. — C. 5. 21) die actio rerum amotarum, d. h. eine Klage auf Rückgabe des Entwendeten oder auf Schadensersatz.

haftbar, als gegenüber dritteren Personen. (Erk. des H. G. von 1775, J. S. Huck gegen Huck. — Erk. des Rev.=G., J. S. Molitor gegen das Collegium zu Aschaffenburg vom 7. April 1775. [Vergleiche § 81 A. b].)

Im Voraus kann sich der betreffende Gatte, wenn ihm eine solche Handlung rechtzeitig bekannt wird, außerdem durch Protestation schützen [1]).

Zu den Spielschulden kann auch der Lotterieverlust gerechnet werden. Das Lotteriespiel ist durch Verordnung vom 14. August 1810 in auswärtigen Lotterien verboten, und dieses Verbot besteht auch noch, seitdem in Bayern selbst die Lotterie aufgehoben ist; es ist somit in dieser Richtung eine verbotene Handlung. In wie weit dieses Spiel erlaubt

---

[1]) Eine damit zusammenhängende Frage ist es, ob der Errungenschaftsantheil oder das Zubringen der Frau für die Zahlung einer Schuld des Mannes haften, welche dieser als Beamter durch ein dienstliches Versehen verursacht hat.

Das Zubringen betreffend, bestimmt das M. L. R. Tit IV. § 1, daß jeder Gatte die während der Ehe absonderlich gemachten Schulden, soferne sie nicht zu der Ehenahrung verwendet wurden, allein bezahlen soll, ebenso, daß die aus einem Delikt herrührenden Schulden von dem schuldigen Theile ohne des andern Gatten Mithaftung getragen werden sollen, daß übrigens nach § 2 Abs. 2 von dem andern Gatten die Schuld nur alsdann mitzubezahlen ist, wenn er davon gewußt, und nicht dagegen protestirt hat.

Im gegebenen Falle rührt nun die Schuld davon her, daß der Mann aus einem Versehen handelte, daß er z. B. Geld an einen zum Empfang nicht Berechtigten außbezahlte, welcher dieses Geld unterschlagen hat. Der Ehemann selbst hat davon nichts genossen, noch viel weniger ist etwas davon in die Ehenahrung gekommen, oder die Schuld mit Zuthun, Vorwissen oder Genehmigung der Frau entstanden. Die Schuld kommt zwar aus den Dienstesverrichtungen des Mannes, allein wenn auch die Dienstesvortheile (Besoldung) in die Ehenahrung fließen, so sind doch die Dienstesverrichtungen nicht solche Accessorien der Besoldung, daß die Frau an allen dahin einschlagenden Handlungen einen nothwendigen Antheil nehmen muß. Das L. R. will ferner, daß die aus einer strafbaren Handlung herrührenden Schulden von dem Urheber allein bezahlt werden, und daß der andere Ehetheil nur an den mit seinem Wissen contrahirten Schulden mitbezahlen soll, es ließe sich daher mit der Billigkeit nicht vereinigen, der Frau einen Antheil dieser, wenn auch nicht aus einem Delikt, doch aus einer Nachlässigkeit (culpa) des Mannes ohne ihr Wissen und rechtliches Beiwirken zugezogenen Schuld aufzubürden (quod culpa tantum culposo et delictum autori noceat, et cum beneficiis muliebribus neutiquam renunciatum fuisset.) Es läßt sich die Sache noch besser durch das Argumentum a contrario erheben; man weiß, daß der Mann von Rechtswegen Arglist und Fahrlässigkeit bezüglich des Ehegutes der Frau verantworten muß, es kann daher die Frau des Mannes Schuld nach dem Rechte zu vertreten nicht gehalten sein (quod culpa mariti tanquam tertiae innocenti non noceat.)

Bezüglich der Errungenschaft treten aber andere Gründe und andere Stellen des M. L. R. ein.

Das M. L. R. bestimmt nämlich in Tit. IV. § 1, daß zur Bezahlung aller während der Ehe entstandenen Schulden, ohne Unterschied, vordersamst die Errungenschaft, soweit sie hinreicht, verwendet, und nur das, was aus dem beiderseitigen Zubringen ernutzt worden ist, und nach Abzug der Schulden noch erübrigt, als errungen angesehen werde. Es wird dabei kein Unterschied gemacht, ob Schulden darunter seien, von welchen die Frau gewußt habe, oder nicht, sondern der Satz gilt allgemein. Die fragliche Schuld ist aber ex negligentia et ommissione daher ex culpa contrahirt, und während der Ehe entstanden, folglich muß sie auch aus der Errungenschaft bezahlt werden.

Auch aus Grundsätzen der Billigkeit muß so entschieden werden, da die Schuld aus dem Dienstverhältnisse des Mannes entsprungen ist, welches jährlich ein Ansehnliches in die Ehenahrung abgeworfen hat, so daß davon auch die Last getilgt werden muß, und es nicht mit der Billigkeit zu vereinen wäre, wenn die Frau am Ehegewinn theilnehmen, den Schaden aber nicht mittragen wollte. (Erk. des Rev.=G. vom 7. April 1775, J. S. Molitor gegen das Collegium zu Aschaffenburg.)

ist, muß sich der andere Gatte gegen Verlust durch Protestation nach Tit. IV. § 2 Abs. 2. schützen. (Erk. des Stadtg. Mainz vom 16. März 1779, J. S. Nottall gegen Salz.)

§ 98.

III. Schulden, welche während der Ehe entstehen, aber

a) primär auf der Errungenschaft, eventuell auf dem Vermögen des contrahirenden Gatten haften.

Hierher gehören jene Schulden, welche während der Ehe von dem einen Gatten einseitig, ohne Vorbewußt des anderen Gatten und nicht zum Besten der Gemeinschaft, und jene, welche einseitig, nicht zum Besten der gemeinen Nahrung (Errungenschaftsgemeinschaft), und ungeachtet der Protestation des anderen Gatten gemacht wurden. Solche Schulden müssen im Falle mangelnder oder unzureichender Errungenschaft bei der Abtheilung dem Sondergute des betreffenden Gatten aufgerechnet werden, soweit sie nicht durch die Errungenschaft Deckung finden, vorausgesetzt, daß es nicht Delikts- oder Spielschulden sind, welche dem Contrahenten unbedingt zu Last fallen (§ 81 A. b. § 97 nr. 2. M. L. R. Tit. IV. § 2). Es ergibt sich hieraus, daß diese Aufrechnung erst bei der Abtheilung geschehen kann, weil dort erst die Errungenschaft gefunden, und somit auch dort erst hergestellt werden kann, ob die Errungenschaft zur Zahlung dieser Schulden hinreicht. Diese primäre Belastung der Errungenschaft mit einseitig und nicht zum Besten jenes Gemeingutes gemachten Schulden wäre eine Rechtsanomalie, wenn sie sich nicht aus der Anschauung des L. R. erklären ließe, daß die Errungenschaft während der Dauer der Ehe ein Gemeingut ist, welches vorzüglich aus der beiderseitigen Thätigkeit der Gatten anwachsen soll, und daß dabei unmöglich abgewogen werden kann, ob der eine Gatte mehr, der andere weniger erworben, ob der eine vortheilhafter und klüger gehandelt hat, als der andere, wenn er nur nicht absichtlich schädlich (durch Delikte) einwirkte. Dazu kommt noch, daß der Mann die Verwaltung zu führen hat, nicht als Mandatar oder Geschäftsführer, sondern kraft seiner eheherrlichen Gewalt, daß daher die Verpflichtungen, welche er in seiner Sphäre der Gemeinschaft auferlegt, ebensowenig nach dem Erfolge bemessen werden können, als jene Thätigkeit, welche der Frau in ihrem beschränkteren Wirkungskreise der Häuslichkeit zukommt.

Man muß es daher als eine Consequenz erkennen, wenn die Haftbarkeit der einzelnen Gatten für Handlungen innerhalb ihrer Wirkungskreise und rücksichtlich des Sondergutes des anderen Gatten erst dann beginnt, wenn keine Errungenschaft vorhanden, und ihre nachtheiligen Handlungen nicht durch vortheilhafte Geschäfte ausgeglichen sind.

Ist aber keine Errungenschaft vorhanden, so beginnt die Wirkung auf die (rücksichtlich des Eigenthums getrennten) Bestandtheile des Zugebrachten in der Weise, daß übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte und abgesehen von der Haftbarkeit jedes Gesellschaftstheilhabers für Betrug und Fahrlässigkeit jeder Gatte für die hier fraglichen Schulden allein haftet. l. 18 § 1 l. 25 § 1 l. 66 p. D. (24. 3) l. 17 pr. D. (23. 3) l. 24 C. (5. 16.)

Hierauf beruhen in der Praxis die Rechtssätze: »Quod dolus et culpa mariti non noceat uxori« — »quod culpa noceat culposo, non

vero tertio innocenti« — »quod nemo innocens culpam alienam luere debeat.« (Erk. des Rev.=G. vom 21. Dezember 1774, J. S. Molitor gegen Schneid.)

Ebenso befreit die Protestation des einen Gatten gegen einseitig und nicht zum Besten des Hauswesens von den contrahirten Schulden nur von der Haftung mit dem Sondergute. Es beruht dieses auf demselben Grundsatze, daß das Sondergut nur dann zur Mittragung der Schulden verhaftet wird, wenn sie mit Willen des zu verpflichtenden Gatten zu Ehezwecken gemacht wurden, und die Errungenschaft zur Zahlung nicht hinreicht. Anderseits kann aber bei rechtzeitig eingelegter Protestation nur der Errungenschaftsantheil des anderen Gatten durch solche einseitige Handlungen belastet werden, weil sich der schuldige Theil sonst auf Kosten des anderen Theiles bereichern würde, indem der unschuldige Gatte blos wegen unterlassener Protestation nicht allein seinen durch Schuld des andern Gatten vernichteten Errungenschaftsantheil missen, sondern auch noch vor Entschöpfung des Separatvermögens des schuldigen Gatten zur Bezahlung mit diesem concurriren müßte, und er daher sogar noch weiter verpflichtet würde, als durch geleistete Bürgschaft, wobei immer noch dem Bürgen das Recht bleibt, sich an dem Hauptschuldner zu halten.

Zur Begründung einer auf unterlassene Protestation gestützten Forderung ist es erforderlich, daß der eine Gatte Wissenschaft gehabt, daß der andere Schulden mache, und dagegen nicht protestirt, sondern stillgeschwiegen habe. Es folgt dann hieraus die Pflicht zur Zahlung des statutarischen Theiles von $^2/_3$ resp. $^1/_3$ aus dem Sondergute des belangten Gatten, falls die Errungenschaft für die Schuld nicht zureicht. (Erk. des H. G. vom 1. April 1787, J. S. Thyrion gegen Lorch und Friedberg. — Erk. des O. A. G. vom 19. Juli 1864, Nr. 772 $^{63}/_{64}$.)

Einerseits ergibt sich hieraus, daß mit einer während der Ehe gestellten Klage Sondergut des Gatten vor der Abtheilung nicht in Anspruch genommen werden kann, weil dieses nur eventuell haftet, anderseits ist aber auch nachzuweisen, daß der in Anspruch genommene Gatte von der Schuldencontrahirung vorher, und ehe sie gemacht wurden, Kenntniß gehabt, und die Protestation unterlassen haben muß.

Bei dem von dem Gesetze gebrauchten Zeitworte „gehabt" ist zu verstehen „gehabt hat". Das Landrecht setzt also voraus, daß der zur Mithaftung verpflichtete Gatte vor der Schuldencontrahirung und somit von der Absicht des andern Gatten, Schulden zu machen, Wissenschaft hatte. Bei dem Zusatz, „daß sein Ehegenoß diese Schulden mache", steht das Wort „mache" in der gegenwärtigen Zeit, und versteht sich von dem Falle, wenn der Ehegatte im Begriff steht, Schulden zu machen. Das Gesetz verordnet folglich: wenn der Ehegenoß nur Wissenschaft gehabt hat, daß der andere Ehegenoß Schulden zu machen im Begriffe steht, d. h. Schulden machen will, oder wirklich Schulden macht, und solches nicht widerspreche, sondern dazu stillschweige, dann soll der Nichtwiderspruch für stillschweigende Einwilligung gehalten werden. Eine solche Anordnung ist, da sie dem gemeinen Rechte nicht conform ist, stricte und zu Gunsten der Frau auszulegen. (Mevius, ad jus Lubec. lib. I. tit. 5 art. 7 nr. 49.)

Es würde gegen diese Gesetzesstelle verstoßen, und der grammatischen Auslegung Gewalt anthun, wollte man dieselbe dahin auslegen, „wenn es nur Wissenschaft habe, daß sein Ehegenoß Schulden gemacht hat, und

nicht widersprochen habe". Wenn demnach der Mann ohne das Weib (oder auch umgekehrt) bereits Schulden gemacht, und das Geld (unbekannt wohin) verbraucht hat, und das Weib erfährt die Schulden erst später, so kann die zu spät erhaltene Kenntniß ihm nicht schaden. Es würde alsdann die Protestation auch nichts mehr nützen, quia factum infectum fieri nequit. Die Wissenschaft ist daher auf die zu machenden Schulden einzuschränken, außerdem bleibt dem Gläubiger nur der Beweis übrig, daß die Schuld zum Besten des Hauswesens contrahirt worden sei. (Erk. des H. G., J. S. Thyrion gegen Lorch vom 1. April 1787.)

Daraus, daß der Mann ein Geschäft treibt, welches des Credites bedarf, daß er Gelder unter dem Vorwand aufnimmt, sie sollten zu Ehezwecken oder zum gemeinsamen Besten der Gatten verwendet werden, oder daß er Gegenstände ankauft, welche möglicherweise zur Ehenahrung verwendet werden können, folgt noch nicht, daß die Frau mit ihrem Sondergut für solche Schulden haften müssen. Es bedarf vielmehr des Beweises, daß alle diese Geschäfte zum gemeinsamen Nutzen geschlossen wurden, oder daß die Frau von diesen eingegangenen Verbindlichkeiten wirklich Kenntniß hatte, weil eine vermuthete Wissenschaft auf Seite der Frau zu ihrer Verbindlichkeit nicht hinreicht, und die Frau niemals schuldig ist, sich gegen eine Schuld ihres Mannes durch Protestation zu verwahren, welche ihr der Gläubiger arglistig oder culpos verheimlicht hat, der sich also den daraus entstandenen Schaden selbst zumessen muß. (Erk des St. G. Mainz vom 4. Juni 1780, J. S. Kibacher gegen Kett.)

Daß eine nachträgliche Genehmigung Seitens des Mannes diesen für die von der Frau einseitig und nicht zum Besten des Hauswesens contrahirten Schulden mithaftbar macht, ist selbstverständlich, da eine Genehmigung jedenfalls in der Wirkung einer unterlassenen Protestation gleichkommt. Bezüglich des Verhältnisses der Frau könnte man jedoch einen Unterschied finden, wenn man in ihrer Genehmigung eine Art Bürgschaft erkennen wollte, indem die Genehmigung eine direkte Handlung, die nicht geschehene Protestation aber nur eine Unterlassung enthält. Allein die unterlassene Protestation kann auch nur als eine fingirte stillschweigende Genehmigung aufgefaßt werden, und ist auch in ihrer Wirkung von der Bürgschaft einer Frau verschieden, weil die letztere das ganze Vermögen der Frau belastet, die unterlassene Protestation aber ihr Sondergut nur nach Verhältniß ihres Antheiles von der Errungenschaft.

Die Frage, ob eine vom Manne der Frau ertheilte Generalvollmacht, oder die Ueberlassung der Vermögensverwaltung geeignet sei, dessen Mithaftung für alle von der Frau contrahirten Schulden zu begründen, ist im M. L. R. nicht ausdrücklich entschieden. Was daher die Vollmacht betrifft, so wird es immerhin noch auf deren Inhalt ankommen, ob darin die Befugniß, Passiven zu contrahiren, enthalten ist, oder ob sie überhaupt über die Vermögensverwaltung hinausreicht, indem die der Frau überlassene Vermögensverwaltung jedenfalls nur die Mithaftung des Mannes insoferne begründet, als Schulden oder Darlehen in Frage sind, welche das verwaltete ehliche Vermögen betreffen.

Wenn sich sohin Gläubiger auf die Mithaftung des Ehemannes aus dem fraglichen Grunde berufen, so müssen sie den Inhalt der behaupteten Vollmacht, oder die Bezüglichkeit der Schulden zu jener Vermögensverwaltung speziell darlegen. (O. A. G. E. vom 19. Juli 1864, Nr. 772 63/64.)

§ 99.

b) Eheschulden, welche primär auf der Errungenschaft, eventuell nach Verhältniß des Errungenschaftsantheiles auf dem Zubringen beider Gatten haften.

Rücksichtlich jener Schulden, welche während der Ehe durch Handlungen der Gatten entstehen, wird in einzelnen Gesetzgebungen, z. B. dem französischen Rechte (Zachariä, franz. Civ. R. § 509) ein Unterschied zwischen Mann und Frau gemacht, welcher daraus folgt, daß der Mann das Haupt der Gemeinschaft in der Weise ist, daß seine Schulden Schulden der Gemeinschaft sind, und umgekehrt, so daß die Güter der Gemeinschaft durch alle obligatorischen Handlungen des Mannes verpflichtet werden [1]).

Was die Frau betrifft, so verpflichten die von ihr in gültiger Weise (§. 84) eingegangenen Verbindlichkeiten im Allgemeinen und übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte die Güter der Gemeinschaft und die des Mannes, wenn sie mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung übernommen worden sind. Ohne diese Genehmigung können die Forderungen aus Rechtsgeschäften der Frau nach franz. Civ. R. nur gegen ihr nacktes Eigenthum geltend gemacht werden, mit jener Genehmigung verpflichtet aber die Frau nur die Gemeinschaft oder den Mann, nicht aber sich selbst.

Mit diesen Bestimmungen harmonirt das M. L. R. nun allerdings, soweit es die Errungenschaft betrifft, indem es auch hier den Mann als das Haupt der Gemeinschaft betrachtet, in Betreff der Verpflichtungen, welche durch die Gemeinschaft aber dem Sondergut zugehen, weicht es bedeutend ab, weil es die Sondergüter dem Gebrauche nach auch zur Gemeinschaft rechnet, und deßhalb der Frau zu ihrem Schutze ein Protestationsrecht gegen einseitige Handlungen des Mannes gewährt.

Das charakteristische Merkmal des M. L. R. bezüglich der ehlichen Schulden besteht darin, daß nach Tit. IV. § 2 die subsidiäre [2]) Haftung für die von beiden Ehegenossen gesammter Hand, oder auch nur von einem Gatten ohne Vorbewußt des andern zum gemeinen Hauswesen oder Güterbau gemachten Schulden für den Mann auf $^2/_3$ und für die Frau auf $^1/_3$ beschränkt ist, so daß also bei Unzureichenheit der Errungen-

[1]) Die primäre Mithaftung des Frauengutes für die Eheschulden, gegen welche die Frau gegebenen Falles das M. L. R. nur durch Protestation schützt, liegt in der umfassenden Theilnahme beider Gatten an allen Lebensverhältnissen, welche bei der Frau gegenüber der hervorragenden Stellung des Mannes mehr passiver Natur ist. Der Credit, der für den Mann bei seinen Lebzeiten aus dem Frauengute entsprungen ist, soll sich bei seinem Tode nicht als trügerisch erweisen. Den Gläubigern gegenüber ist die Haftung ganz unbeschränkt, bei Auflösung der Ehe ist aber der Mann oder seine Erben der Frau für das wegen dieser Haftung Bezahlte Ersatz schuldig. Der Charakter dieses Rechtssatzes bestimmt das Verhältniß der Gläubiger des Mannes zum Frauengut, aber durchaus nicht das Verhältniß des Mannes selbst zum Frauengute; die Gläubiger haben ein Recht, auch gegen das Frauengut die Exekution zu fordern; dieses kann zwar die Frau nicht hindern, aber der Mann muß ihr das den Gläubigern Preisgegebene ersetzen. (Gerber, d. P. R. § 231. not. 13.)

[2]) Alle während der Ehe gemachten Schulden sind aus der hinlänglichen Errungenschaft zu zahlen, nur eventuell haftet dafür der Mann zu $^2/_3$, die Frau zu $^1/_3$ aus ihrem Eingebrachten. (A. G. E. vom 25. November 1865 Nr. 2655.)

schaft eine Reciprocität des Ersatzes der auf diese Weise nicht ganz getilgten Schulden aus dem Vermögen der Frau für den nicht berichtigten Antheil des Mannes, und umgekehrt, nicht stattfindet, m. a. W. der Schuldrest dem Gläubiger verloren geht, wenn nicht Haftung des einen oder anderen Gatten aus besonderen Gründen nachgewiesen werden kann. (§ 100.)

Das Gesetz überläßt daher nach dem Grundsatze »vigilantibus jura sunt scripta« dem Gläubiger die Sorge für seine Sicherheit [1]). (Erk. des Rev.=G. vom 1. April 1797. J. S. Barth gegen Schäfer.)

Abweichungen von dieser Haftung können nur durch Bürgschaft der Frau, oder durch gemeinsamen Handelserwerb der Frau mit dem Manne begründet werden, oder Falls Hypothekenschulden in Frage sind, durch Mitübernahme der Haftbarkeit Seitens der Frau nach gehörigem Verzichte derselben auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten. (Erk. des Rev.=G. vom 1. April 1797. J. S. Barth gegen Schäfer.) Mit dieser Societätstheorie des M. L. R. stimmt überein das Würtemb. L. R. Thl. IV. Tit. 4. § 2.

Zu diesen Eheschulden, welche die Errungenschaft ohne Ersatz zu zahlen hat, und welche demnach deren Schuldenstand im eigentlichen Sinne bilden, gehören Alle, welche zu Ehezwecken dienen. (§ 94.)

Die Frau handelt dabei von gesammter Hand, ist also innerhalb der ihr gegenüber der eheherrlichen Gewalt angewiesenen Geschlechtssphäre nicht als eine Mandantin [2]) des Ehemannes zu betrachten, und verpflichtet die Errungenschaft gerade so wie der Mann. Ehliche Schulden der Frau aber, welche aus der Grenze dieser ihrer Befugnisse hinausfallen, und überdieß ohne des Mannes Wissen und Willen contrahirt wurden, verpflichten weder den Mann noch die Gemeinschaft, der Mann hätte denn

---

[1]) Ein Fall wird diese gesetzliche Bestimmung veranschaulichen.
Der Mann brachte in die Ehe 3000 fl., die Frau dagegen 10,000 fl. Der ehliche Erwerb beträgt 6000 fl., und die darauf zunächst ruhenden, zum Besten des Hauswesens von gesammter Hand contrahirten Schulden betragen 12,000 fl. Für diese Schulden wird zunächst der Erwerb von 6000 fl. in Anspruch genommen, so daß noch eine von dem Manne zu $^2/_3$, von der Frau zu $^1/_3$ aus beiderseitigem Zubringen zu deckende Schuld von 6000 fl. übrig bleibt, woran also der Mann ohne Concurrenz der Frau 4000 fl., und die Frau $^1/_3$ mit 2000 fl. zu bezahlen hat.

Der Mann besitzt jedoch nur ein Zubringen von 3000 fl., es ergibt sich also eine Ueberschuldung des Mannes mit einem Verluste von 1000 fl. für die Gläubiger, obgleich der Frau von ihrem Illat zu 10,000 fl. nach Abzug jenes Verlustes noch ein Aktivrest von 8000 fl. übrig bleibt, welchen sie bei der Theilung nach Tit. III. § 1 zu fordern berechtigt ist, ohne verpflichtet zu sein, damit den Verrungenschaftsrest des Mannes zu zahlen.

Wäre in dem angenommenen Falle das Einbringen des Mannes 10,000 fl., und jenes der Frau 3000 fl., so würde sich kein Verlust der Gläubiger ergeben, wären jedoch beide Illate der Gatten zur Tilgung des Schuldrestes von 6000 fl. in der Weise unzureichend, daß weder der den Mann treffende Antheil zu $^2/_3$, noch der die Frau treffende Antheil zu $^1/_3$ bezahlt werden könnte, so wäre eine Ueberschuldung beider Gatten in Frage.

[2]) (Mittermaier, d. P. R. Bd. II. S. 409 not. 25.) Ist der Frau vom Manne z. B. wegen erwiesener Verschwendungssucht die Schlüsselgewalt — die Führung der Haushaltung — entzogen, und einer anderen Person übertragen, so ist die letztere nicht Stellvertreterin der Frau, sondern ihre Handlungen sind nur nach dem Verhältniß der Dienstmiethe zu beurtheilen, denn die Rechte der Frau sind höchst persönliche. (Gengler, d. P. R. Bd. II. S. 1111.)

die daraus entsprungenen Vortheile für die Gemeinschaft verwendet, oder letztere wären wegen Verwendung auf die Errungenschaft (ob versionem in rem) eine Gemeinschuld geworden. (Erk. d. Rev.-G. J. S. Molitor gegen Schneid vom 21. Dezember 1774. — Gengler, d. P. R. Bd. II. S. 1148.)

Was nun nach entschöpfter Errungenschaft aus dem Sondergut nach Schwert- und Rockentheil zur Berichtigung der Eheschulden zuzulegen ist, kann nicht als ein Ersatzposten angesehen werden, wofür das Sondergut blos einen Vorschuß geleistet hätte, sondern dieser Ersatz trifft die Gatten nach den Regeln des Gesellschaftsrechtes, gleich wie ihnen bei günstiger Wirthschaft in demselben Verhältniß der Erwerb kraft des Gesetzes zufließt [1]).

§ 100.

Schulden, welche primär auf der Errungenschaft eventuell auf dem Zubringen beider Gatten solidarisch haften, und Schulden aus besonderen Verpflichtungen der Frau.

Hieher gehören a) die Schulden der Handelsweiber (Tit. IV. § 3 des M. L. R.), und b) die Schuldverhältnisse der Frau aus einer Bürgschaft für ihren Mann. (Tit. IV. § 4 des M. L. R.)

§ 101.

1) Verbindlichkeiten der Handelsweiber.

Die der Frau gezogene Grenze der Haushaltungsgewalt läßt sich nach der deutschrechtlichen Auffassung des ehlichen Verhältnisses absolut nicht erweitern. Wo daher weitergehende Haftbarkeiten in Anspruch genommen werden, müssen sie in Beziehungen liegen, welche nicht nothwendig mit dem Begriffe der Ehe zusammenhängen, anderseits aber auch durch das Wesen der Ehe nicht ausgeschlossen sind.

Wer eine solche Haftbarkeit gegen die Frau geltend machen will, muß deren außergewöhnlichen Entstehungsgrund darthun.

Solche Gründe liegen vor: Bezüglich aller von dem Eheverbande ganz ausgeschlossenen Güter der Frau — ihrer wahren Receptizgüter — oder auch bezüglich einer Thätigkeit der Frau, welche nicht aus ihrem Verhältniß als Frau, sondern als Gleichberechtigte des Mannes stammt.

---

[1]) Das durch verschiedene Statute, z. B. die Frankf. Reform. Thl. III. Tit. 7 § 3, der überlebenden Frau gestattete Recht, sich der Haftbarkeit für die Eheschulden durch Entsagung auf ihre Rechte an der Errungenschaft zu entziehen, beruht auf der völlig uneingeschränkten Gewalt des Ehemannes in seiner Verwaltung, und auf der Folgerung daraus, daß die Frau als Mandatarin des Mannes zu betrachten sei, und daher nur den Mann oder die Gemeinschaft, nicht sich selbst durch ihre Handlungen verpflichte. (Zachariä, a. a. O., § 509.)

Diese beiden Voraussetzungen sind dem M. L. R., wie bereits gezeigt, fremd, die Bestimmung selbst ist aber auch nur eine singuläre einzelner Statute, und daher auf das M. L. R. um so weniger anwendbar, als sie dessen Anordnungen in Tit. IV. geradezu widersprechen würde, und mit der absoluten Verpflichtung der Gatten, bei unzureichender Errungenschaft mit ihrem eigenen Vermögen für die Eheschulden einzutreten, nicht vereinbart werden könnte.

Zu den Gründen der letzteren Art gehört gemeinschaftliche Handelschaft — kaufmännisches Gewerbe — als Selbstzweck[1]).

In allen Verhältnissen, in welchen die Frau nicht als Handelsfrau[2]) auftritt, genießt sie die Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber, und der Kläger muß daher beweisen, daß sie im gegebenen Falle als Handelsfrau gehandelt habe. Ist dieses bewiesen, so fallen die partikularrechtlichen und gemeinrechtlichen Bestimmungen über Consens des Ehemannes, über die Rechtswohlthaten der authentica si qua mulier, des S. Ct. Vellejanum, des Heirathsgutes, des Zubringens hinweg, sie ist

---

[1]) Nach den Grundsätzen des Handelsrechtes (Thöl, das Handelsrecht, Bd. I. § 49 und 50) kann die Frau in dreifacher Eigenschaft Handelsgeschäfte treiben:

1) Als Handelsgehülfin ihres Mannes — als weiblicher Institor — wobei sie nicht blos zur Expedition der Comptoirgeschäfte bestellt, sondern zum wirklichen Faktor, d. h. zur eigentlichen Direktion der Handelsgeschäfte ernannt ist. Hier kann gegen den Mann aus den Handlungen der Frau nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes geklagt werden; wo aber die Frau Verbindlichkeiten selbstständig übernimmt, ist die Gültigkeit nach den für Weiber geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, die Frau kann sich daher immerhin auf die weiblichen Rechtswohlthaten der authentica si qua mulier berufen, weil im gegebenen Falle die selbstständige Uebernahme der Verbindlichkeit für den Mann als den eigentlich Haftbaren (den Geschäftsherrn) geschieht, und insoferne einer Bürgschaft gleichkommt.

2) Die Frau ist Handelsgesellschafterin ihres Mannes, nicht blos mit ihrer Vermögenseinlage (als Kommanditistin), sondern als völlige Theilhaberin und Mitvorsteherin des Geschäftes, hier haftet sie gleich dem Manne.

3) Die Frau ist eigentliche Handelsfrau, d. h. sie treibt selbstständig auf eigene Rechnung Handelsgeschäfte, wozu sie nach § 7 des deutschen Handelsgesetzbuches immer der ausdrücklichen oder stillschweigenden Ermächtigung ihres Mannes bedarf.

[2]) Handelsfrau ist jenes Frauenzimmer, ob ledig oder verheirathet, welches gewerbsmäßig Handelsgeschäfte treibt. Die blose Betheiligung mit Kapital bei einer Handelsunternehmung erfüllt diesen Begriff ebenso wenig, als die Vornahme einzelner Handelsgeschäfte.

Möglicherweise haben die Partikularrechte besondere gewerbepolizeiliche Erfordernisse, denen Frauen, wenn sie Handel treiben wollen, genügen müssen. Diese werden von dem Handelsgesetzbuche nicht berührt. Die Frau gilt daher dem Handelsgesetzbuch möglicherweise als Handelsfrau, wenn auch der Gewerbeordnung keineswegs genügt ist.

Für die Ehefrau aber begründet der Gewerbebetrieb jene Eigenschaft nur, wenn der Ehemann dazu eingewilligt hat (H. G. B. Art. 7 Abs. 1), was auch stillschweigend geschehen kann.

Ihre Handelsgeschäfte unterliegen der gleichen rechtlichen Beurtheilung, wie die des Kaufmanns, sie bedarf daher weder des Consenses zu den einzelnen Handelsgeschäften, noch kann sie sich auf die weiblichen Rechtswohlthaten berufen.

Die verheirathete Handelsfrau haftet für Handelsschulden nicht nur mit ihrem ganzen Vermögen, wozu auch das Dotalgut gehört, sondern es wird auch auf die Nießbrauchs-, Verwaltungs- und sonstigen Rechte des Ehemannes, nachdem er zu dem Handelsbetrieb seine Einwilligung gegeben, keine Rücksicht genommen; es haftet selbst, soweit Gütergemeinschaft besteht, das gemeinschaftliche Vermögen; ob auch das persönliche Sondervermögen des Ehemannes haftet, bleibt nach den Landesgesetzen zu beurtheilen. Mithin fallen auch für die Ehefrau, welche mit ihrem Manne in Handelsgesellschaft steht, die Dotal-Privilegien hinweg. Soweit die Frau nicht innerhalb des Gewerbebetriebs handelt, oder ohne überhaupt einen Gewerbsbetrieb zu haben, einzelne Geschäfte, mögen diese Handels- oder andere Geschäfte sein, abschließt, bleibt das sonstige bürgerliche Recht der Weiber in Kraft; denn nur für die eigentliche Handelsfrau in ihrem Gewerbsbetriebe sind ihre Vorrechte aufgehoben. Die Eigenschaft der Handelsfrau hat keine Vermuthung für sich. Wenn aber diese Eigenschaft feststeht, so gelten im Zweifel die von ihr abgeschlossenen Geschäfte als zum Gewerbetrieb gehörig. (Dr. Wilh. Endemann, das deutsche Handelsrecht. Heidelberg 1865. S. 111 ff. — Dr. O. Wächter, das Handelsrecht. Leipzig 1865. S. 25.)

dem Wechselrechte unterworfen, und kann sich bei Gericht selbst vertheidigen. Es ist dann bezüglich der Handelsfrau gleichgültig, ob sie ledig oder verheirathet ist, ob sie die Handlung selbstständig oder als Gesellschafterin ihres Ehemannes betreibt, ob sie das Geschäft selbst oder durch einen Gehülfen (institor) leitet.

Zu unterscheiden ist bei diesem Falle lediglich, ob die Frau ein vollkommen abgeschiedenes Handelsgut besitzt, oder ob die Handelschaft aus dem Ehevermögen betrieben wird. In letzterem Falle fließen die Erträgnisse in die Gemeinschaft, es ruhen daher auf dieser auch die Schulden in der Eigenschaft als Eheschulden, und verhaften die Errungenschaft und pro rata das Sondergut des Ehemannes.

Bei gemeinsamer Handelschaft der Ehegatten haftet jedoch auch das ganze Sondergut des Mannes für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie auch umgekehrt das ganze Sondergut der Frau, und zwar zunächst nach Verhältniß des Errungenschaftsantheiles, und, falls der Mann oder die Frau diesen treffenden Theil nicht leisten können, das übrige Vermögen des noch zahlungsfähigen Gatten. (M. L. R. Tit. IV. § 3.) Auch bei der Handelsgemeinschaft sind also nach M. L. R. primär die Regeln der Errungenschaftsgemeinschaft in Anwendung gebracht.

Die Frage, ob durch die Bestimmungen der Art. 6, 7, 8, 9 des deutschen Handelsgesetzbuches die statutarrechtlichen Anordnungen über die Haftung der Handelsfrauen aufgehoben oder modificirt worden seien, löst sich durch die Erwägung, daß jenes Handelsgesetzbuch überhaupt nur den Handelsverkehr, aber nicht die privatrechtlichen gegenseitigen Verhältnisse der Gatten berührt. In Art. 7 Abs. 3 ist allerdings bestimmt, daß eine Frau, welche ihrem Manne nur Beihülfe in dem Handelsgewerbe leistet, keine Handelsfrau sei, allein damit ist gerade ausgesprochen, daß die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf eine solche Ehefrau nicht anwendbar sind, ohne damit die civilrechtlichen Haftungen, welche eine solche Beihülfe nach den Statutarrechten bewirkt, der Frau abzunehmen. (Erk. des H. A. G. vom 24. Oktober 1864. Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege. Bd. XI. S. 219.)

Inwiefern also die Beihülfe der Frau an dem Handelsgeschäfte des Mannes für sie eine, von den gewöhnlichen Regeln der Errungenschaftsgemeinschaft abweichende Haftung begründe, ist nach dem M. L. R. Tit. IV. § 3 zu beurtheilen.

Hat sich die Ehefrau vertragsmäßig jeder Theilnahme an Gewinn oder Verlust der Gemeinschaft begeben, so ist doch ihre Betheiligung an dem Handelsgewerbe ihres Mannes bezüglich ihrer Haftung Dritteren gegenüber für ihre Vermögensverhältnisse nicht gleichgültig; denn die Haftung aus dem gemeinschaftlichen Handelsbetrieb ist nicht eine Folge der Errungenschaftsgemeinschaft (auf welche die Frau im gegebenen Falle allerdings verzichtet hat), sondern die Wirkung der gemeinsamen Handelschaft, in Betreff welcher das Gesetz abweichend von den Regeln der Errungenschaft eventuell solidarische Haftung festgesetzt hat. Primär wird aber bei ausgeschlossener Errungenschaftsgemeinschaft die Haftung des Mannes und der Frau nicht nach Schwert- und Rockentheil, sondern nach Proportion ihres Antheiles am Handelsgewinn, also gleichheitlich anzunehmen sein, wenn kein anderer Maßstab festgesetzt wurde, weil dann die Frau als Handelsgenossin ihres

Mannes nach den gewöhnlichen Regeln einer Societät zu betrachten und zu beurtheilen ist, auf welche die Grundsätze der Errungenschaftsgemeinschaft des M. L. R. keine Anwendung finden können, weil diese durch den Verzicht der Frau auf die E. G. ausgeschlossen erscheint.

Ist eine Entsagung der Frau auf die Errungenschaft nicht geschehen, so liegt in der blosen Verheirathung mit einem Kaufmanne an und für sich noch nicht die vom Gesetze im Auge behaltene Haftbarkeit einer Handelsfrau, weil die Frau damit nur in die gewöhnliche Errungenschaftsgemeinschaft eintritt. Ist die Frau eines Kaufmannes aber dem Publikum gegenüber als mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich handelnd und wirthschaftend aufgetreten, so ist der Gewerbsgläubiger dadurch in die Lage versetzt, sie als Gewerbsgenossin ihres Mannes anzusehen, und es erfolgt dann eine Mithaftung der Frau nicht auf Grund des Handelsgesetzbuches, sondern auf Grund des ehlichen Güterrechtes.

Im Allgemeinen wird auch aus dem Umstande, daß der Mann ein Gewerbe treibt, welches einen öffentlichen Kauf oder Verkauf nöthig macht, und daß die Frau an dem Verkaufe, insbesondere der Arbeitserzeugnisse des Mannes im offenen Laden Theil nimmt, der Schluß nicht zulässig sein, daß die Frau dieses als Gesellschafterin des Gewerbes besorgt, und daß sie für Gewinn und Verlust eventuell mit ihrem ganzen Vermögen zu haften habe; denn die Frau ist schon vermöge des Ehebandes dem Manne zu angemessenen Diensten auch bezüglich des zum gemeinsamen Unterhalte betriebenen Gewerbes verpflichtet, und da nach M. L. R. Tit. III. § 3 auch ihr Einbringen denselben Zwecken dient, folgt auch aus der Verwendung dieser beiden Faktoren der Errungenschaft — Arbeitskräfte und Einbringen — zum Gewerbsbetrieb noch keineswegs, daß die Frau eine eigentliche Theilhaberin des Gewerbes sei. (Erk. des O. A. G. vom 17. Oktober 1823. — Erk. des O. A. G. vom 22. Februar 1859 Nr. 960 57/58. — Bl. f. R. A. Bd. VIII. S. 319 ff.)

Es ergibt sich dieses auch aus Tit. III. § 3 u. 5 des M. L. R., wornach der einseitige Erwerb der Frau, soweit er in ihrem gewöhnlichen Wirkungskreise liegt, oder der beiderseitige Erwerb der Gatten, durch „Handeln oder Erhandeln" ohnedies in die Gemeinschaft fällt. Hieraus folgt, daß durch Tit. IV. § 3 ein von der gewöhnlichen E. G. abweichendes Verhältniß offenbar dargestellt werden sollte, um eine solidarische Haftbarkeit der beiden Gatten mit ihrem ganzen Vermögen zu bewirken.

Manche Partikularrechte haben daher die bestimmenden Worte deutlicher gefaßt, z. B. die Nürnb. Reform. Thl. VI. Tit. 28 mit den Worten „zu offenem Kram und Marktsitzen von Mann und Frau". — In letzterem Falle bedarf es jedenfalls zur Haftbarkeit der Frau für Gewerbsschulden keines besonderen Societätsvertrages, es genügt dazu der Nachweis, daß die Frau mit ihrem Manne zu offenem Kramladen und Markt oder in einer öffentlichen Wirthschaft gesessen sei, denn das Gesetz leitet bei derartigen Gewerben aus der faktischen Theilnahme der Ehefrau am Gewerbe die rechtliche Fiktion ab, daß das Gewerbe der Ehegatten ein gemeinschaftliches sei. (Arnold, Beiträge Bd. I. S. 60. — O. A. G. E. vom 11. Juli 1853 Nr. 1057 51/52.)

Der Grund des Gesetzes liegt nämlich in der Gemeinschaftlichkeit eines öffentlichen mit Kaufen und Verkaufen verbundenen Gewerbes, in

der Nothwendigkeit, daß jeder Gatte daran selbstthätig Antheil nehme, sohin auch allein gültige Verträge abschließen könne, um dadurch den Geschäftsbetrieb im Handel und Wandel zu erleichtern, und in dem Umstande, daß der Gewerbsgläubiger, welcher sieht, daß die von ihm creditirten Waaren von der Frau öffentlich feilgeboten und verkauft werden, berechtigt ist, dieselbe als Gewerbsgenossin ihres Ehemannes anzusehen, sowie weiter darin, daß dritten Personen nicht zugemuthet werden kann, sich von den ehlichen Rechtsverhältnissen solcher gemeinschaftlich Handel treibenden Personen oder davon Gewißheit zu verschaffen, ob der gegebene Credit für das gemeinschaftlich betriebene Gewerbe, oder sonst zum gemeinsamen Haushalt verwendet werde. (Erk. des H. A. G. vom 23. September 1864. — Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. XI. S. 221 ff.)

Sowie aber bei gemeinsamem Sitzen zu offenem Kram und Laden die angegebenen Gründe eine solidarische Haftung der Eheleute nothwendig machen, so ist es auch der Fall bei dem Betrieb einer gemeinschaftlichen Handelschaft nach M. L. R. In beiden Fällen beruht diese solidarische Haftung der Gatten nicht auf der obwaltenden E. G. der Gatten unter sich, sondern auf einem Ausnahmsfalle, nämlich dem gemeinschaftlichen Handeltreiben, Kaufen und Verkaufen Dritteren gegenüber, ohne daß dadurch rücksichtlich der sonstigen güterrechtlichen Verhältnisse ein von dem Statut abweichender Zustand herbeigeführt würde. In der That hat auch die Frau, wenn sie nicht gemeinschaftlichen Handel mit dem Manne treibt, gegen außen und gegen die Verkehrswelt nur Fug und Macht in ihrer beschränkten Sphäre der Haushaltung mit Dritteren gültige Verträge einzugehen. Autorisirt sie der Ehemann zu weiteren Geschäften [1]), und sie unterzieht sich diesem Auftrage, so erlangt sie Dritteren gegenüber dieselbe Vertragsfähigkeit wie der Mann selbst, also auch dieselbe Verantwortung, welche eine solidarische nothwendig werden muß, wenn sie mit dem Manne in derselben Angelegenheit (in der Handelschaft zum Zwecke der Gesellschaft) gemeinsam handelt. Unter den Gatten selbst bewirkt aber dieses gemeinsame Handeln keine anderen Folgen, als die gewöhnliche Betheiligung an dem Erwerb zu Schwert- und Rockentheil [2]), erst wenn die Errungenschaft entschöpft ist, also wenn die Wirkung der Ehe Dritteren gegenüber hervortritt, macht sich jene solidarische Haftbarkeit gegen außen (freilich mit nothwendiger Rückwirkung auf die Gatten selbst) geltend.

Es läßt sich hiernach nicht annehmen, daß das M. L. R. unter dem Ausdrucke: „gemeinschaftliche Handelschaft treiben", etwas Anderes

---

[1]) Nach § 82 dieser Darstellung ist der Ehemann, wenn nicht ein die landrechtlichen Bestimmungen abändernder Ehevertrag in Mitte liegt, der gesetzliche Verwalter des beiderseitigen Vermögens der Gatten, und soweit dieses Verwaltungsrecht des Mannes sich erstreckt, kann eine Frau ohne dessen Beistimmung in Beziehung auf ihr Vermögen keine vertragsmäßige Verbindlichkeit gültig übernehmen; sie kann daher auch eine wechselmäßige Verpflichtung (außer dem gemeinsamen Handelsbetrieb) nur mit dessen Genehmigung eingehen. Diese Genehmigung hat der Wechselkläger zu beweisen.

[2]) Dieser Antheil am Handelsgewinn nach Schwert- und Rockentheil findet jedoch nicht statt, wenn die E. G. des M. L. R. unter den Gatten vertragsmäßig beseitigt ist, weil dann, wie oben erwähnt, die Gatten an Gewinn und Verlust primär zu gleichen Theilen participiren.

verstanden wissen wolle, als was andere L. R. mit den Worten „zu offenem Kram- und Marktsitzen" andeuten [1]).

Bei Anwendung dieser Bestimmungen auf gegebene Fälle wird indeß nicht aus dem Auge zu verlieren sein, daß Seitens der Frau nicht blos eine ausnahmsweise Beihülfe als Nebenbeschäftigung neben der ihr obliegenden Haushaltung zu dem gemeinschaftlich Handeltreiben gehört, sondern ein Auftreten der Frau dem Publikum gegenüber als Theilnehmerin des Geschäftes. (Mittermaier, d. P. R. § 407.)

Die Frage, ob eine Frau als gemeinschaftlich mit dem Manne handeltreibend zu betrachten sei, ist daher eine Thatfrage, welche aus den obwaltenden Umständen, und den persönlichen Verhältnissen der Gatten zu beurtheilen ist. l. 79 § 1 D. (5. 1) [2]).

Es kann also nach Lage der Verhältnisse der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgeschäftes, wozu auch der Betrieb eines mit Kauf und Verkauf verbundenen Gewerbes zu rechnen ist, z. B. einer Wirthschaft, einer Bierbrauerei, unter die Gattung gemeinschaftlicher

---

[1]) Die mit dem M. L. R. verwandte Frankf. Reform. enthält hierüber in Thl. III. Tit. VII. § 12 folgende Bestimmung: „Dann dieweil in Kaufhändeln und Krämereien, da zwei Eheleut einen gemeinen Handel treiben, und die Hausfrau sowohl als der Mann im Gaden oder offenen Kram sitzet, kauft und verkauft, Geld einnimmt und ausgibt, das Register hält, und dergleichen übet, also auch mit denen Eheleuten, so öffentlich Wirthschaft oder Herberg oder einen gemeinen Weinschank halten, schwerlich ist, solche Absonderung und Abtheilung der Güter zu thun, damit dann diejenigen, so mit ihnen handeln, auch andere, so ihnen ihr Geld und Arbeit aufborgen, nicht betrogen werden, so wollen wir, daß in solchem Fall sie beide Eheleut, auch ihr jedes in solidum, d. i. besonder und für vollen die Schulden, so sie mit einander gemacht, zu bezahlen schuldig sein sollen."

Der Begriff „gemeiner oder gemeinschaftlicher Handel" ist also hier mit dem „zu offenen Markt- und Kramsitzen" identificirt, und es ergibt sich ferner daraus, daß im Zweifel eine gemeinschaftliche Handelschaft zu vermuthen ist, damit die Geschäftsgläubiger nicht betrogen werden, sowie, daß es Betreffs der Theilnahme der Hausfrau nicht eben nöthig ist, daß sie alle aufgezählten Arbeiten ausüben müsse.

Aus der Praxis der Mainzer Gerichte führt Molitor, disert. selectae quaedam quaestionem controversarum Decissiones ex praxi Moguntina haustae 1786 ein Erkenntniß des Stadtgerichts Mainz auf, welches in allen Instanzen bestätigt wurde, und welches in den Gründen annimmt, daß eine Frau, obgleich sie Waaren im Laden verkaufte, Schulden zahlte, Geld einnahm, die Messen besuchte, gemeinschaftlichen Kassenschlüssel führte, sich des Mannes Siegel bediente, doch nicht für eine Handelsfrau erklärt wurde, weil sie alle diese Handlungen als Ehegenossin, nicht als Geschäftsgenossin im Sinne des Handelsrechtes, nicht auf Grund eines geschlossenen Handelsvertrages, sondern wegen der ehlichen Verbindlichkeit zur Hülfeleistung und Unterstützung des Mannes vorgenommen habe, indem Dienstleistungen an und für sich, und ohne Antheil am Gewinn keine Societät bewirken, und jener 1/3 der Errungenschaft, welchen das Statut der Frau zusichert, nicht aus gemeinschaftlicher Handelschaft, sondern aus dem ehlichen Verhältniß fließt. Genau betrachtet, liegt in diesem Erkenntnisse ganz die oben entwickelte Rechtsanschauung, daß allerdings zum Begriffe der Handelsfrau ein Vertrag gehört, welcher ihr die nach Handelsrecht gebührenden Rechte und Verbindlichkeiten zulegt; daß aber die gewöhnliche civilrechtliche solidarische Haftbarkeit der Frau für Handelsschulden nach Tit. IV. § 3 des M. L. R. nicht mit dem Begriffe der Handelsfrau im handelsrechtlichen Sinne zusammenhängt.

[2]) Eine Straßburger Verordnung vom 1. Oktober 1552 sagt: Demnach sollen alle die Weiber für Marktfrauen zu halten und zu erkennen sein, die für sich selbst, oder neben, oder mit ihren Männern auf Markt- und Meßtagen feil haben, und die Waaren sammthaft oder stückweis ein- oder fürkaufen, oder Waaren mit Waaren vertauschen, und also öffentlich Gewerbshändel üben und treiben thäten ꝛc. die ihren Handel, Stand und Wesen auf solche Handthierung fürnemblich gerichtet, damit negocirt, gehandelt, auch ihre beste Nahrung in solchem haben.

Handelschäfte [1]) auch ohne besonderen Societätsvertrag, nach M. L. R. gerechnet werden, indem dieses Gesetz nur die Thatsache voraussetzt, daß die Weiber mit ihren Männern gemeinschaftliche Handelschaft treiben. (A. G. E. vom 10. Juni 1856 Nr. 5299.)

Sobald nun die Frage entschieden ist, ob eine Ehefrau als Handelsfrau im Sinne des M. L. R. Tit. IV. § 3 zu betrachten sei, so sind die übrigen Bestimmungen des L. R. klar, daß a) nur wegen der aus dem gemeinschaftlichen Handelsbetrieb fließenden Schulden Ausnahmsanordnungen im Gegensatze zu der E. G. stattfinden; b) daß zunächst jeder Gatte die Handelsschulden nach Verhältniß seines Gewinnantheiles, und aus der Errungenschaft zu zahlen hat, für den Fall aber diese nicht ausreicht, das Fehlende nach Schwert- und Rockentheil aus dem Zubringen zu ersetzen ist, oder falls aus der Frau Zubringen oder Heirathsgut der sie treffende Antheil nicht gedeckt wird, der Mann mit seinem ganzen Vermögen für den Rest haftet, was auch gerade so für die subsidiäre und solidarische Haftung der Frau gilt.

Eventuell liegt in dieser Vertheilung der Handelschaftsschulden unter den Gatten eine mit den Bestimmungen des deutschen allgemeinen Handelsgesetzbuches art. 112. 113. 269. 280. 281 übereinstimmende solidarische Haftung ihres ganzen Vermögens, weil die Handelsschulden daraus bezahlt werden müssen, soweit das beiderseitige Vermögen reicht. Auf die Rangordnung des L. R. jedoch, nach welcher zuerst die Errungenschaft, dann der Schwert- und Rockentheil des Zubringens, und zuletzt erst das ganze Vermögen beider Gatten haftbar wird, äußert das Handelsgesetzbuch keinen Einfluß, weil es die Güterverhältnisse der Gatten unter sich nicht abgeändert hat (art. 8 Abs. 2), und weil ohnedieß auch nach dem L. R. den Dritteren, welche mit der Ehegemeinschaft in Verkehr treten, der Zugriff auf die ganze Ehemasse freisteht, indem sich erst bei der Theilung die Haftungen der einzelnen Gatten ausscheiden lassen [2]).

Bei gemeinschaftlichem Handelsbetrieb der Gatten bestehen also zwei verschiedene Verbindungen neben einander, die gewöhnliche E. G.

---

[1]) Ueber die Frage, ob nicht unter die Bestimmungen, welche von gemeinsamer Handelschaft reden, auch andere Handwerke zu stellen seien, äußert sich eine Verfügung des Bürgermeisters und des Rathes der Stadt Wetzlar vom 20. November 1722: „daß so eine Hausfrau im offenen Kram oder Laden sitzt, kauft und verkauft, Geld einnimmt, oder Register bei ihr hält, oder dergleichen Handel treibt, solches nicht nur von Kaufleuten und Krämern, sondern auch von anderen Handwerkern, Metzgern und dergleichen, falls ihre Weiber Geld einnehmen, kaufen und verkaufen, zu verstehen seie; bishero auch, wann Schulden in währender Ehe gemacht, solche von beiderseits Eheleuten bezahlt- und sowohl bei Rath als Gericht darnach gesprochen werden. (Wetzlarer Reform. Tit. V. § 4.)

[2]) Die vom Statut gewählte Rangordnung der Zahlungsmittel schließt sich dem Tit. III. von der Errungenschaft an, und gestattet von den Bestimmungen des Tit. IV. § 1 nur insoferne eine Ausnahme, als zuletzt das ganze Vermögen beider Gatten haftet, läßt aber auch erkennen, daß abweichend vom gemeinen Rechte der Gewinn nicht im Verhältnisse zu der eventuellen solidarischen Haftung den gemeinschaftlich Handel treibenden Gatten zu gleichen Theilen, sondern nach Schwert- und Rockentheil zufallen soll.

Hieraus folgt zugleich, daß das L. R. die eventuelle solidarische Haftung der Gatten nur aus dem Gesichtspunkte des öffentlichen Credites betrachtet, und daß daher im Zweifel Dritteren gegenüber eine Handelsgemeinschaft der Gatten zu vermuthen sein wird. Hätte das L. R. mehr die persönlichen Wechselbeziehungen der Gatten im Auge behalten wollen, so würde es von der E. G. ganz abgesehen, und Gewinn und Verlust auf die Gatten als Geschäftstheilhaber gleichmäßig vertheilt haben.

beruhend auf dem Eheabschluß, und die Handelsgemeinschaft beruhend auf dem der Frau vom Manne ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumten, seinen eigenen Befugnissen gleichkommenden Verfügungsrechte.

Da die Nutzungen dieser Verbindung in die gewöhnliche Ehegemeinschaft fallen, und sich dort mit dem übrigen Ehegewinn verschmelzen, werden sie dort nach bestehenden allgemeinen Regeln unter Mann und Frau vertheilt. Der Verlust beruht aber auf einer ganz gleichen Thätigkeit der Gatten, und macht sie daher eventuell auch gleich haftbar.

Selbstverständlich ist es, daß wegen dieser solidarischen Haftbarkeit einer in Handelsgemeinschaft stehenden Frau sich dieselbe auf die weiblichen Rechtswohlthaten wegen Bürgschaft und die Vorzugsrechte ihres Heirathsgutes nicht berufen kann, denn die Frau kann auch rücksichtlich ihrer solidarischen Haftbarkeit nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes selbst mit ihrem Heirathsgute in Anspruch genommen werden [1]).

§ 102.

2) Bürgschaftsschulden der Weiber.

Wenn ein Gatte den ihn treffenden Antheil der Eheschulden nicht bezahlen kann, kann sich der Gläubiger an den anderen Gatten wegen des Restes seiner Forderung ebensowenig halten, als dieses wegen einer einen Gatten treffenden vorehlichen oder sonstigen Sonderschuld der Fall ist. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn sich der andere Gatte wegen einer solchen Sonderschuld seines Ehegenossen verbürgt hat. Dieses kann von dem Manne ohne alle Förmlichkeit geschehen, und geschieht sogar ohne besondere Erklärung dadurch, daß von ihm ein in seinem Eigenthume befindliches Gut verpfändet wird.

Die Frau dagegen kann sich für den ganzen Betrag einer Eheschuld oder Sonderschuld ihres Mannes als Bürgin oder Mitschuldnerin (l. 4 C. [4. 29]) nur unter Beobachtung der Form verbindlich machen, welche bei ihr für die Gültigkeit einer Bürgschaft vorgeschrieben ist, weil sie bei dem den Mann eigentlich treffenden Theile der Eheschuld in

---

[1]) Die Bedeutsamkeit der vorwürfigen Frage erhellt, wenn erwogen wird, wie häufig die Fälle sind, in welchen unter dem Deckmantel des Gesetzes von Ehefrauen im Zusammenwirken mit ihren Männern der evidenteste Betrug an den Gläubigern verübt wird, und wie häufig sich letztere wegen Unkenntniß oder irriger Auffassung des Gesetzes resignirt ihrem Schicksale, wiewohl mit Grollen gegen das für unvernünftig erklärte, weil nicht richtig erkannte Gesetz ergeben.

Wie häufig geschieht es, daß Weiber einen unbemittelten oder herabgekommenen Geschäftsmann heirathen, daß dieser wegen des Zubringens der Frau Credit erlangt, und der Credit sich noch steigert, wenn die Frau recht thätig im Laden erscheint. Plötzlich verschwindet dieses Bild, der Mann unterwirft sich dem Concurse, und die Frau beansprucht die mit dem Credit ihres Einbringens angeschafften Waarenvorräthe, Hausgeräthe, Werkzeuge 2c. als Heirathsgut oder Einbringen, obgleich sie an den Schulden zum größten Theile mitgewirkt, die Gläubiger zu dem gegebenen Credite verführt hat, und den Gewinn aus jenen creditirten Waaren mitverzehren half.

Bei richtiger Auffassung der Vorzugsrechte des Heirathsgutes oder Zubringens, sowie der Bestimmungen über die gemeinschaftliche Handelschaft würden aber, und mit Recht im Interesse des öffentlichen Credites und Verkehres nicht die Gläubiger, sondern derartige Weiber sich schließlich als die Getäuschten erkennen, und zwar die Letzteren durch eigene Schuld.

Rücksicht auf die dereinstige Theilung eine fremde Schuld übernimmt. Wo also die Frau ohnedieß vermöge der Gesetze haftbar ist, bedarf es einer Bürgschaft nicht; diese Frage kann hier nur dann von Bedeutung werden, wenn die Schuld blos wegen gemeinschaftlicher Contrahirung beider Gatten eine Socialschuld der Gatten geworden ist, und untersucht werden muß, ob sich die Frau nur nach Verhältniß ihres Gemeinschaftsantheiles, oder durch Bürgschaft in solidum haftbar machen wollte.

Auf der Geschlechtsvormundschaft der Weiber beruhen die gesetzlichen Förmlichkeiten ihrer Bürgschaftsleistung nicht, und letztere sind auch durch das bayerische Gesetz vom 10. November 1861, die Geschlechtsvormundschaft betreffend (Ges.-Bl. S. 77 nr. 13), ausdrücklich vorbehalten worden, ungeachtet dort alle auf Gesetz und Herkommen beruhenden Bestimmungen aufgehoben wurden, wodurch Frauenspersonen lediglich ihres Geschlechtes wegen bei der Vornahme von Rechtsgeschäften oder bei der Führung von Prozessen an die Mitwirkung von Pflegern oder Beiständen gebunden waren.

Gemeinrechtlich ist nach l. 23 C. de S. Cto. Vellejano (4. 29) jede Intercession der Frauen durchaus nichtig, wenn sie nicht in einem öffentlichen Instrumente geschah. Es sind auch keine Entsagungen der Weiber auf diese Rechtswohlthat zulässig, weil sie auf einem Prohibitivgesetze beruht, und den Zweck hat, die Frauen gegen die Gefahr des leichtsinnigen Vertrauens auf die Ehrlichkeit und Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen.

Es werden jedoch durch diese Vorschrift die anderweitigen ordentlichen Rechtsmittel, soweit sie nach Lage der Sache wegen Arglist, wegen Bereicherung (versio in rem) ꝛc. zulässig sind, nicht ausgeschlossen.

Nach der authentica si qua mulier [1]) (Nov. 134 cap. 8), welches Gesetz nur auf die Intercession der Frau für den lebenden Ehemann gerichtet ist, sollen ebenfalls Bürgschaften der Ehefrauen absolut ungültig sein, außer wenn sie den Nutzen davon haben, aber auch da nur, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde geschehen sind. Im neueren gemeinen Rechte ist die weibliche Intercession gültig, wenn dabei vor dem zuständigen Richter eidlich dem S. Cto. Vellejano entsagt wird, wodurch dann auch die Berufung auf die authentica si qua mulier unwirksam wird.

Das M. L. R. hat diese gemeinrechtlichen Bestimmungen ausdrücklich in Tit. IV. § 4 angenommen, und auch noch die aus dem canonischen Rechte entlehnte, bereits im Mittelalter anerkannte Bestärkung des Verzichtes durch Handtreue an Eidesstatt hinzugefügt, insbesondere auch noch die ausdrückliche Entsagung auf die beneficia dotis et apportatorum verlangt, welche nach Tit. XIX. § 4, und Tit. XXII § 1. 3 für das Heirathsgut in einer privilegirten Hypothek mit Separationsrecht, und für das übrige Zubringen in einer stillschweigenden Hypothek

---

[1]) Da Tit. IV. des M. L. R. nur von Ehegatten handelt, ist auch in § 4 nur von der authentica si qua mulier die Rede, während in der Hypotheken-Verordnung von 1785 § 4 (Beilage zu Tit. XIX.) auch des Verzichtes auf das Senatus Consultum Vellejanum Erwähnung geschieht, zum Beweise, daß auch die Intercessionen lediger Frauen, oder Intercessionen verehlichter Frauen für andere Personen, als für oder mit ihrem Ehemanne, den Bestimmungen des gemeinen Rechtes unterworfen sein sollen.

bestanden, zufolge welcher Rechte die Frau „ihr Heurathsgut, Heimsteuer „oder Erbschaft, auch sonstiges Zubringen vermöge habenden Vorzugs- „oder Pfandrechtes vor allen anderen Gläubigern verlangen könne". (Verordn. von 1785 § 4 und Formular eines Hypothekenbriefes, Beilage 1. 2 zu Tit. XIX.) Ferner hat das L. R. noch ausdrücklich und abweichend von dem gemeinen Rechte verordnet, daß die Frau noch vor diesem handtreulichen Verzichte von dem ordentlichen Richter besonders über ihre Rechte belehrt werden, und bekennen soll, daß sie zu der Entsagung von ihrem Manne nicht durch Furcht oder Bedrohung sei gezwungen worden.

Es ist zu diesem Zwecke in § 4 Abs. 2 eine eigene Formel vorgeschrieben. Dieses Verfahren soll auch nach Tit. XIX. § 4 und Verordn. von 1785 (Beil. zu Tit. XIX.) bei Errichtung gerichtlicher Hypotheken beobachtet werden. Liegt eine solche rechtsförmliche Intercession der Ehefrau nicht vor, so ist ihr Versprechen als Bürgschaft ungültig, und es kann sich dann blos darum handeln, ob und wie weit die Frau wegen Verwendung zu den Ehezwecken, oder wegen erlangter Kenntniß der Schuld und unterlassener Protestation nach Tit. IV. § 2 des M. L. R. haftbar geworden ist. (Erk. des H. G. vom 1. April 1787, J. S. Thyrion gegen Lorch. — Erk. des Vogteiamtes Amorbach, J. S. Werrlein gegen Ehmann.)

Diese Belehrung des Richters muß auch in der Urkunde constatirt werden, weil sonst vermuthet wird, die Frau habe zur Contrahirung der Schuld nicht in gesetzlicher Weise mitgewirkt, die Schuld vielmehr nur die Vermuthung eines einfachen Darlehens für sich hat. (Erk. des Rev.-G. vom 1. April 1797, J. S. Barth gegen Schäfer.)

Sämmtliche Bestimmungen des L. R. Tit. IV. § 4 gelten nach einer kurfürstl. Verordnung vom 27. Oktober 1772 auch für die jüdischen Frauen.

Da gemeinrechtlich alle Bürgschaften der Frauen, also auch jene für Drittere und nicht bloß für ihre Ehemänner ohne öffentliche Errichtung und Verzicht unwirksam sind, so muß dieses auch für das L. R. angenommen werden, obgleich dieses ausdrücklich nur die Bürgschaft der Frau für ihren Mann erwähnt. Letzteres ist wohl nur deßwegen geschehen, weil die Gesetzesstelle nur von den ehlichen Verhältnissen handelt, im Uebrigen durch das Einführungsgesetz auf das gemeine Recht verweist, und die Frau ohnedieß zu einer Bürgschaft für Drittere auch noch der Zustimmung ihres Ehemannes kraft seines Mundiums bedürfte [1]).

Auch die rechtliche Natur der Bürgschaft als eines accessorischen Geschäftes, wodurch die Frau nur dann verpflichtet ist, die Schuld ihres Mannes zu bezahlen, wenn dieser selbst sie zu gehöriger Zeit nicht sollte zahlen können, ist durch die Worte des Gesetzes, „solle jede Frau die Schuld völlig zu bezahlen schuldig sein", nicht aufgehoben, oder abgeändert, die Haftbarkeit der Frau tritt nur durch die rechtsförmliche Bürgschaft gerade so wie bei den Handelsweibern ein, die Frau verliert nur bezüglich der fraglichen speciellen Schuld ihre Rechtswohlthaten, wie in § 4 Abs. 3 erläuternd beigefügt wird, und ihre Vorzugsrechte gegen

---

[1]) Andere Statutarrechte, z. B. die Nürnberger Reformation von 1565, Thl. II. Tit. 19. Ges. 5 § 3, haben die Förmlichkeiten nur auf die Bürgschaften der Ehefrauen für ihre Männer eingeschränkt, und das österreichische Gesetzbuch § 1349 hat allen Unterschied zwischen den Bürgschaften der Männer und Frauen aufgehoben.

den Bürgschaftsgläubiger, nicht aber gegen ihren Mann selbst. Im Concurse tritt lediglich der Bürgschaftsgläubiger mit seiner Forderung an die Stelle der Vorzugsrechte der Frau.

Die Zahlungspflicht realisirt sich erst bei der Abtheilung, weil sich dort erst herausstellen kann, wieweit die Insolvenz des Mannes reicht. Besteht außer der Bürgschaft kein weiterer Grund, z. B. Verwendung in die Ehenahrung, aus welchem die Frau für eine vom Manne contrahirte Schuld mitverhaftet ist, so erlischt ihre Haftung durch Zahlung von Seite des Mannes, weil die Bürgschaft nur zur Versicherung des Gläubigers geschehen ist, und weil wohl dem letzteren, aber nicht dem Mitschuldner (Ehemann) ein Forderungsrecht gegen den Bürgen (die Frau) zusteht, der Mitschuldner daher auch weder von der Frau, noch von deren Erben das zur Tilgung seiner Schuld bezahlte pro rata verlangen kann. (O. A. G. E. vom 15. April 1862, Nr. 692 61/62.)

Die Verbürgung der Frau kann nicht blos für eine schon bestehende, oder von dem Manne bereits auf eigenen Namen aufgenommene Schuld geschehen, sondern auch in der Form einer gemeinschaftlich von beiden Ehegatten ausgestellten Schuldurkunde, in welcher sich beide zum Empfange des Darlehens ꝛc. bekennen.

Auch hiebei wird gemeinrechtlich der Ehemann, weil ihm während der Ehe die Verwaltung des Vermögens obliegt, als der eigentliche Darlehensnehmer angesehen, solange nicht eine Verwendung des Geldes zum Nutzen des Separatvermögens der Frau, oder der Gemeinschaft nachgewiesen ist. Die Betheiligung der Frau erscheint daher lediglich als eine Intercession für ihren Gatten, wobei sie nur durch förmliche Verzichtleistung auf ihre Rechtswohlthaten eine Correal-Verbindlichkeit mit ihrem Gatten eingeht. Allein nach M. L. R. ist die Ehefrau offenbar gemäß Tit. III. § 5 nicht absolut unfähig, sich zu verpflichten [1]), und am allerwenigsten, wenn sie gemeinschaftlich mit ihrem Manne handelt, woraus an und für sich schon geschlossen werden muß, daß dieser ihre Handlung gebilligt habe. Der gegebene Fall ist auch an und für sich nicht derselbe, als wenn die Frau einem vom Manne geschlossenen Vertrage nur beitritt, und die darüber aufgenommene Urkunde als Intercedentin unterzeichnet. Nur wenn daher die Frau eine Urkunde mit dem Manne unterzeichnet, in welcher die solidarische Haftung der Frau klar enthalten ist, gilt ihre Unterschrift als eine nichtige Bürgschaft, im anderen Falle, sowie überhaupt bei allen von gesammter Hand gemachten Schulden, ist die entstandene Verbindlichkeit eine gewöhnliche Eheschuld, für welche die Frau nicht weiter als mit ihrem Errungenschaftsantheil und eventuell pro rata dieses Antheiles mit ihrem Sondergute (aber nicht in solidum als Bürgin) haftet, zu welcher Haftung es eines Verzichtes der Frau auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten nicht bedarf.

---

[1]) Es folgt dieses auch daraus, weil nach Tit. IV. § 2 alle für das gemeine Hauswesen gemachten Schulden gemeinschaftliche Schulden werden. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, daß, wenn eine Frau bei Uebernahme einer Bürgschaft erklärt, daß die betreffende Schuld zum Nutzen des Hauswesens verwendet sei, der förmliche Verzicht auf ihre Rechtswohlthaten überflüssig werde; denn in dieser Erklärung liegt ein Beweis jenes Nutzens für die Haushaltung nicht. Die zum Besten der Weiber erlassenen Verordnungen würden sonst ihren Zweck verfehlen, da man annehmen muß, die Frau werde sich ebenso leicht zu einer solchen Erklärung, als zu einer Intercession vom Manne bereden lassen.

Nach M. L. R. streitet also vielmehr eine rechtliche Vermuthung dafür, daß die Frau bei gemeinschaftlicher Ausstellung einer Schuldurkunde mit ihrem Ehemanne nur die gewöhnliche Haftung habe eingehen wollen, und es muß sohin bewiesen werden, daß die Frau einer vom Manne contrahirten, und diesen außerdem ganz treffenden Schuld blos als Intercedentin beigetreten sei. Wird dieser Beweis geliefert, so bewirkt die Mitunterzeichnung der Frau für diese gar keine Haftung, soferne sie nämlich nicht aus einem anderen Grunde (z. B. wegen Verwendung zum Besten des Hauswesens ꝛc. Tit. IV. § 2 des M. L. R.) verbunden bleibt, weil die Intercession ungültig, und ein anderer Verpflichtungsgrund der Frau nicht gegeben ist.

Es kommt hiebei noch die Frage in Betracht, ob etwa bei Uebernahme einer Sammtverbindlichkeit der Frau durch Bürgschaft für den Mann sie hiezu der Ermächtigung des Gerichtes bedürfe, weil die Frau ohne Zustimmung des Mannes auch über das Ihrige nicht unbedingt verfügen darf, und der Mann in solchem Falle wegen seiner Betheiligung seine eheherrliche Gewalt nicht ausüben könnte. Das Gesetz sagt hievon nirgends etwas, und der Umstand, daß es hierüber schweigt, ist ein weiterer Beleg, daß es die Gewalt des Mannes über die Frau nicht als eine Vormundschaft auffaßt, welche im gegebenen Falle allerdings durch einen anderen Vormund ersetzt werden müßte (wie es auch bei minderjährigen Frauen der Fall ist. Vergl. Verord. von 1785 § 5 Beil. zu Tit. XIX.) Die Zustimmung des Mannes zu den Handlungen seiner Fran beruht auf dem Eherecht. Durch die Ehe kommt die Frau in ein Abhängigkeitsverhältniß zum Manne, sie darf auch über das Ihrige nicht mehr wie eine ganz freie Person verfügen, ihr Unterwürfigkeitsverhältniß zum Manne erfordert, daß sie nicht mehr ohne seine, als ihres Vorgesetzten Einwilligung handle. Aus diesem Rechtsgrund, auf welchem die Nothwendigkeit der Ermächtigung des Mannes ruht, ergibt sich aber, daß die Frau auch in allen Fällen von dem Manne autorisirt erscheint, oder autorisirt werden kann, in welchen das Geschäft zugleich, oder allein das Interesse des Mannes betrifft, weil es dann nur eines Verzichtes des Mannes auf seine Befugnisse bedarf.

Hat nun der Mann die Frau selbst zur Intercession für sich veranlaßt, so wird es eines weiteren Beweises dieses Verzichtes nicht bedürfen, der Verzicht selbst wird dann für die Frau bindend durch Beobachtung der vorgeschriebenen Form; hat aber die Frau aus eigenem Antriebe, ohne Vorwissen oder Genehmigung des Mannes intercedirt, so sind allerdings Fälle denkbar, in welchen es im Interesse des Mannes liegen kann, die Intercession der Frau durch Verweigerung seines eheherrlichen Consenses nichtig zu machen.

Haben Ehefrauen von ihren Männern ausgestellte Wechsel mit unterschrieben, so werden sie nach der deutschen allgemeinen Wechselordnung art. 81 für die ganze Wechselverbindlichkeit insoferne haftbar, als sie sich nach art. 1 dieses Gesetzes vertragsmäßig verpflichten können. Für Handelsfrauen unterliegt dieses, wie bereits erwähnt, keinem Bedenken, außerdem auch nicht rücksichtlich aller Frauen, welche befugt sind, ihr Vermögen (Receptivgut) selbstständig zu verwalten. Wo jedoch, wie im M. L. R., es sich um eine damit verbundene Bürgschaft handelt, und Bürgschaften der Ehefrau für den Mann nichtig und unverbindlich sind, sobald sie nicht in der gesetzlichen Form geschehen, wird auch die blose

Mitunterzeichnung eines Wechsels (in welchem der Mann der Bezogene ist), oder des Wechsel-Acceptes 2c. nur nach dem gesetzlich erklärten Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten von einer Wirkung sein können, soweit diese Unterschrift nur als eine zu vermuthende Verbürgung der bestehenden Schuld eines Andern (ihres Ehemannes) erscheint [1]).

§ 103.

Begräbnißkosten.

Begräbnißkosten der Ehegatten bilden eine im M. L. R. nicht erwähnte eigenthümliche Art von Schulden. Sie können eigentlich nicht zu den Eheschulden gerechnet werden, weil sie erst nach dem Tode des betreffenden Gatten, also nach der Auflösung der Gemeinschaft, entstehen.

Von den rheinischen Landrechten spricht davon nur das Trierer Statut Tit. VI. § 25 und legt sie dem überlebenden Gatten auf; die Frage ist sohin nach M. L. R. auf die Entscheidung des gemeinen Rechtes verwiesen.

Nach l. 12 § 4 D. (11. 7) treffen die Begräbnißkosten den Erben als solchen, und wenn der Gestorbene kein Vermögen hinterlassen hat, die Eltern und nach diesen den überlebenden Gatten, l. 28 D. (11. 7), den letzteren aus Billigkeitsgründen.

Diese Bestimmungen sind, obgleich sie sich auf das System der ehlichen Gütertrennung gründen, doch auch für das M. L. R. anwendbar, weil die ehliche Gesellschaft mit dem Tode aufhört, und der Verstorbene daher aus dem Seinigen, also durch die Erben beerdigt werden muß [2]).

§ 104.

Verhältniß der Ehegatten im Concurse.

I. Im Allgemeinen.

Von besonderer Eigenthümlichkeit sind die Verhältnisse der Eheleute bei vorliegender Ueberschuldung, weil nach dem M. L. R. bald blos die Errungenschaft, bald die Errungenschaft mit Zubringen nach Verhältniß des Errungenschaftsantheiles, bald das ganze Zubringen der Gatten solidarisch oder einseitig haftet, je nachdem die Qualität der Schulden an und für sich, oder die Art und Weise, wie sie entstanden sind, dabei in Betracht kommt.

Es ist einleuchtend, daß unter diesen Umständen, das Concursverfahren über eine ehliche Vermögensmasse nach M. L. R. weit verwickelter ist, als da, wo allgemeine Gütergemeinschaft herrscht, wo also die Masse unausgeschieden für alle Schulden haftet.

---

[1]) Das Obertribunal in Stuttgart hat am 9. November 1864 eine gegen die Frau wegen Mitunterzeichnung eines Wechsels ihres Mannes als Bürgin gerichtete Klage abgeschlagen, weil die Beklagte den Wechsel nur als Bürgin unterzeichnet habe, und die Einhaltung der gesetzlichen Intercessionsform (Würtemb. Gesetz vom 21. Mai 1828) weder ersichtlich, noch klägerischerseits behauptet sei.

[2]) Auch in l. 8 § 9 D. (5. 2) werden die Leichenkosten als eine Schuld des Nachlasses des Verstorbenen aufgeführt.

Von nächster Bedeutung ist daher die Frage, gegen welchen der Gatten bei angezeigter Ueberschuldung das Verfahren zu richten ist, weil davon die Entscheidung abhängt, ob der Mann oder die Frau im Concurse als Gläubiger auftreten, und ihr Zubringen verlangen können, da sich aus der Natur der Sache ergibt, daß jener Gatte, gegen welchen der Universalconcurs gerichtet ist, nicht Gläubiger und Schuldner in einer Person sein kann. (O. A. G. E. vom 14. Juni 1856 Nr. 1114⁵⁵/₅₆.)

Es ist zwar nach der Praxis als feststehend angenommen, daß ein in die Ehe eingebrachtes Vermögen des einen oder anderen Gatten immer auf der Masse haftet, und daher von dieser zu ersetzen ist, und daß, so lange noch von einer Masse gesprochen werden kann, Befriedigung hieraus von den Gatten nach gesetzlicher Vorschrift verlangt werden kann, daß sohin von einer Verrungenschaft im Allgemeinen, welche doch die Grundlage der Ueberschuldung bilden muß, so lange nicht die Rede sein kann, als nicht eine genaue Specificirung des Schuldenstandes zu den Akten gebracht und dadurch der materielle Concurs dargethan ist (A. G. E. vom 23. Dezember 1853 Nr. 188); allein gerade deßwegen muß, um den Ansprüchen beider Gatten vollkommen gerecht zu werden, dem Verfahren eine förmliche Abtheilung wie auf dem Fall einer Ehetrennung vorausgehen, und einerseits den Gatten selbst möglich gemacht werden, ihre Ansprüche an die Masse darzuthun, anderseits den Gläubigern, diese Ansprüche zu bekämpfen, und singuläre Haftungen der Gatten zu begründen.

Die Praxis hat auch die Inventarisirung des Vermögens unter Ausscheidung des beiderseitigen Eheeinbringens, des während der Ehe Angeschafften und zu Verlust Gegangenen und der während der Ehe contrahirten Schulden, stets beobachtet.

Wiewohl nun der Concurs auf einer Ueberschuldung zunächst der Errungenschaft beruht, so sind doch nach M. L. R. Fälle gegeben, in welchen das Vermögen des einen Gatten überschuldet sein kann, obgleich der andere Gatte noch Vermögen besitzt, womit sämmtliche Schulden bezahlt werden könnten.

Es ist daher zu untersuchen, wodurch überhaupt eine Ueberschuldung der einzelnen Vermögensmassen eintritt.

1) Das beiderseitige Eheeinbringen gilt als eine Ehelast, und muß aus der Gesammtmasse gerade so berichtiget werden, wie die Forderungen dritterer Personen. Sind nun zwar keine Ansprüche Dritterer vorhanden, allein der Vorrath reicht zur Befriedigung des beiderseits Zugebrachten nicht hin, so ist allerdings auch eine Ueberschuldung der Errungenschaft vorhanden, aber der Fall eines Concurses nicht gegeben, sondern es handelt sich blos zwischen beiden G a t t e n um einen Eheverlust, welcher von dem Zubringen des Mannes mit ²/₃, und von jenem der Frau mit ¹/₃ getragen werden muß. (Tit. IV. § 2 Abs. 1. des M. L. R., vorbehaltlich § 96. 97.) [1].

---

[1]) Hat z. B. der Mann ein Vermögen von 10,000 fl., die Frau dagegen ein solches von 6000 fl. in die Ehe gebracht, es sind aber bei der Abtheilung nur noch 13,000 fl. vorhanden, so ergibt sich ein Eheverlust von 3000 fl., wovon dem Mann ²/₃ mit 2000 fl., der Frau ¹/₃ mit 1000 fl. zur Last fallen.

Hiemit ist aber die Frage noch nicht entschieden, ob nicht aus besonderen im Gesetze vorgesehenen Gründen die eine oder andere während der Ehe entstandene oder

Als ein verschiedener Fall ist denkbar, daß die vom Manne oder von der Frau einseitig und nicht zu Ehezwecken contrahirten Schulden, auch nach gänzlicher Verwendung des Eheerwerbes, doch noch das Sondergut des Mannes oder der Frau übersteigen, und bei der Abtheilung noch nicht getilgt sind. In diesem Falle ist eine Ueberschuldung des Mannes resp. der Frau vorhanden, an welcher der andere Gatte keinen Antheil hat, sondern berechtigt ist, im Concurse sein Zubringen, soweit es noch gefordert werden darf (d. h. soweit es nicht ebenfalls ganz oder theilweise für eigentliche Eheschulden in Anspruch genommen werden kann), zu liquidiren [1]).

---

bezahlte Schuld, durch welche die Verrungenschaft herbeigeführt wurde, von dem Sondergute des Mannes oder der Frau getragen werden muß.

Hat z. B. der Mann einseitig, ohne Vorwissen oder mit Protestation der Frau, eine Schuld von 3000 fl. contrahirt und bezahlt, welche nicht in die Ehenahrung verwendet wurde (Tit. IV. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2 des M. L. R.), so ist dieser Betrag an seinem Einbringen zu 10,000 fl. abzurechnen, es erscheinen sonach bei der Abtheilung nur noch 7000 fl. männliches Einbringen, welche mit dem Einbringen der Frau von 6000 fl. dem noch vorhandenen Vermögen von 13,000 fl. gleichkommen, so daß dann von einer Einbuße oder Verrungenschaft keine Rede mehr sein kann.

Wäre die von dem Manne einseitig contrahirte Schuld noch größer, etwa 6000 fl., so ginge auch diese von seinem Zubringen von 10,000 fl. ab, es würde bei der Abtheilung nur noch ein männliches Einbringen von 4000 fl. in Ansatz zu kommen haben, welches mit dem weiblichen Einbringen von 6000 fl. nur noch ein beiderseitiges Zubringen von 10,000 fl. darstellt; in diesem Falle würde sich gemeinrechtlich in Bezug auf die am Schlusse der Ehe vorhandenen Masse zu 13,000 fl. eine ehliche Errungenschaft von 3000 fl. ergeben, welche nach Schwert- und Rockentheil vertheilt werden müßte.

Dieses Resultat wird sich auch nach M. L. R. darstellen, wenn jene 6000 fl. Schulden des Mannes außer aller Beziehung zur Errungenschaft stehen, d. h. entweder vorehliche, Delikts- oder Spielschulden waren. Waren die vom Manne contrahirten Schulden aber blos einseitig und selbst nicht zum Besten der Gemeinschaft gemachte, so müssen sie immerhin zunächst aus der Errungenschaft bezahlt werden, und der eigentliche Ehegewinn von 3000 fl. wäre dann zur theilweisen Tilgung der vom Manne einseitig aufgenommenen 6000 fl. zu verwenden.

Zu gleichem Ergebnisse gelangt man durch eine andere Berechnungsweise.

Wären nämlich die fraglichen 6000 fl. von dem Manne nicht zu Sonderzwecken verausgabt worden, so würde sich der Ehe-Erwerb um diese Summe erhöht haben, es würden also bei der Abtheilung anstatt 13,000 fl. um so viel mehr, also 19,000 fl., vorhanden sein.

Hieraus wären dann zu berichtigen:

a) das Einbringen des Mannes mit	10,000 fl.
b) das Einbringen der Frau mit	6,000 fl.
Summa	16,000 fl.
es würde sich sodann gegen die vorhandene Masse von	19,000 fl.
eine Errungenschaft von	3,000 fl.

ergeben, welche zunächst zur Tilgung der einseitig contrahirten Schuld des Mannes nach M. L. R. Tit. IV. § 1 Abs. 2 zu verwenden wäre, so daß nur der dadurch ungedeckte Rest von 3000 fl. aus dem Sondergute des Mannes zu ersetzen bleibt.

Die Ehefrau erhält in diesem Falle zwar ihr volles Zubringen, aber nichts von der Errungenschaft.

[1]) Nach dem in voriger Note gewählten Beispiele stellt sich dieser Fall in Folgendem dar:

das Einbringen des Mannes betrug	10,000 fl.
jenes der Frau	6,000 fl.
Summa	16,000 fl.

2) Wird die festgestellte Aktivmasse von den Forderungen Dritterer schon ohne Einrechnung des beiderseitigen Zubringens überstiegen, so ist ebenfalls zu untersuchen, wodurch diese Schulden entstanden sind.

Die vorehlichen Schulden des einen Gatten berühren den andern nicht; von einer Errungenschaft, mit welcher die Eheschulden getilgt werden könnten, ist natürlich in dem gegebenen Falle keine Rede; es kann sich indeß ereignen, daß die vorhandene Aktivmasse lediglich durch das Zubringen des einen Gatten gebildet wird, während die Schulden entweder von dem anderen Gatten einseitig, oder doch nur in der Weise gemacht wurden, daß z. B. die Frau nur 1/3 daran aus ihrem Zubringen zu bezahlen hat, und in solchem Falle könnte der Frau immerhin noch ein Theil ihres Zubringens übrig bleiben, obgleich die Gläubiger nicht ganz befriediget werden [1]).

Der Concurs ergreift in diesem Falle nur das Vermögen des Mannes, und die Frau ist wie die übrigen Liquidanten dessen Gläubigerin, obgleich jedoch meistens, wenn schon die Forderungen Dritterer die Aktivmasse übersteigen, sich das Concursverfahren gegen beide Gatten richten wird. Ueber die Frage, ob die eine oder andere Schuld eine Eheschuld sei, hat dann die Frau mit den Gläubigern selbst

---

die Aktivmasse beträgt . . . . 20,000 fl.

also der Eheerwerb . . . . 4,000 fl.
die einseitig contrahirte Schuld des Mannes beläuft sich auf 15,000 fl.

es bleiben also aus dem Sondergute des Mannes noch . . . . 11,000 fl.
zu ersetzen, und bleibt sohin, da dieses nur . . . . 10,000 fl.

betrug, eine Ueberschuldung des Mannes mit . . . . 1,000 fl.
also blos ein einseitiger Concurs des Mannes, an welchem die Frau nichts zu tragen hat.

Hätte jedoch die Ehefrau Wissenschaft von dieser Schuld gehabt, und nicht dagegen protestirt, so müßte sie an derselben nach Abzug der Errungenschaft, also an jenen 11,000 fl. 1/3 mit ihrem Sondergute ersetzen, es träfen sie sohin davon 3666 fl. 40 kr., dagegen den Mann 2/3 mit 7333 fl. 20 kr.; beide, Mann und Frau, könnten diesen Ersatz aus ihrem Sondergute leisten, und der vorher gegebene Fall einer Ueberschuldung wäre beseitigt.

Es mag dieses Verhältniß namentlich veranschaulichen, wie wichtig es ist, bei angezeigtem Concurse durch eine Inventar-Errichtung und Ausscheidung der Vermögensmassen die Vorfrage des Concurses gehörig zu ordnen, und den schweren Folgen und Nachtheilen eines Concurs-Verfahrens vorzubeugen.

[1]) Der Mann brachte in die Ehe . . . . 6,000 fl.
die Frau dagegen . . . . 10,000 fl.
Schulden wurden in der Ehe contrahirt . . . . 4,000 fl.

es betragen sonach die Ehelasten . . . . 20,000 fl.
dagegen beträgt die noch allein vorhandene aus liegenschaftlichem Zubringen der Frau bestehende Masse . . . . 3,000 fl.

es ergibt sich also ein Eheverlust von . . . . 17,000 fl.
wovon der Mann 2/3 mit 11,333 fl. 20 kr., die Frau 1/3 mit 5666 fl. 40 kr. zu tragen haben.

Zieht man den die Frau treffenden Eheverlust von ihrem Einbringen von 10,000 fl. ab, so bleiben ihr noch 4333 fl. Ansprüche an die Masse, sie kann daher sämmtliche inferirte Liegenschaften im noch vorhandenen Betrage von 3000 fl. zurückverlangen, falls diese Liegenschaften nicht mit Hypotheken rechtswirksam für Drittere bestrickt sind, außerdem gebührt ihr wegen Forderung Vorzugsrecht in IV. Klasse, soweit sie wegen jener 4333 fl. nicht in II. Klasse befriedigt worden ist.

zu rechten. (Erk. d. H. G. vom 9. Juli 1804. J. S. Brand gegen Brand.)

Falls der eine Gatte in den angeführten Fällen resp. überhaupt bei ausgebrochenem Concurse todt ist, treten dessen Erben und Kinder an seine Stelle.

§ 105 a.

Vorverfahren im Concurse.

Sobald ein Antrag auf Concurseröffnung gestellt ist, ist zur Prüfung der Vorfrage, ob Ueberschuldung vorliegt, durch Inventar-Errichtung und Beschlagnahme nach Cap. XIX. § 3 und § 17 der bayer. G. O. vorzuschreiten.

Diese provisorische Maßregel hat sich auf das sämmtliche Vermögen der beiden Gatten zu erstrecken, weil das ganze Vermögen, sowohl das Einbringen als der Eheerwerb bis zur Theilung in einer Masse vereinigt ist, und erst durch die Ausscheidung vermöge Inventur und Liquidationsverfahren nachzuweisen ist, ob die Ueberschuldung das Separat-Vermögen des einen oder anderen Gatten trifft.

Wenn auch nur von einem Gatten, oder von Dritteren die Veranlassung zur Einleitung des Vorbereitungsverfahrens dem Gerichte gegeben war, so ist doch damit die Ausmittlung des Aktiv- und Passiv-Standes des ganzen Ehevermögens Gegenstand dieses Verfahrens geworden. Hierdurch wird dem einen oder anderen Gatten hinsichtlich der Rechte an seinem Vermögen nichts vergeben. Der mit dem präparatorischen Verfahren verbundene Zweck der einstweiligen Sicherstellung der Aktivmasse erfordert nämlich das Vorgehen gegen das ganze vereinigte Ehevermögen, weil nach M. L. R. Tit. IV. § 1 Abs. 1 die Errungenschaft zunächst für alle Eheschulden haftbar ist, sohin sich die Interessen der Gläubiger und der beiden Gatten schon von vornherein berühren. Die Gläubiger können auch um so mehr eine vollständige Aufnahme des gesammten Vermögens beider Gatten fordern, als sich erst durch die vollzogene Ausscheidung der Vermögenstheile nach der Art und dem Titel des Erwerbes ermitteln läßt, wie viel von diesen oder jenen Vermögenstheilen zur Befriedigung aller oder einzelner Gläubiger zu verwenden ist. Deßgleichen kommt hier in Betracht, daß nach Tit. III. § 4 Alles Vermögen der Eheleute für errungen zu halten ist, bis erwiesen wird, was zugebracht sei.

Diese beiden Vorschriften des Tit. III. § 4 und Tit. IV. § 1 haben als Regeln zu gelten, und die im Gesetze weiter statuirten Ausnahmen betreffs der Frage, ob ein Vermögensstück zur Errungenschaft oder zum Zubringen gehöre, sowie betreffs der Pflicht zur Schuldenzahlung rücksichtlich des einen oder anderen Gatten, müssen von Demjenigen, der sich darauf beruft, und sie auf sich angewendet wissen will, erst bewiesen werden.

Sofern nun das den Concurs einleitende Verfahren, bestehend in Verzeichnung des Vermögens (Inventur) und Sicherstellung (Veräußerungsverbot, Vormerkung im Hypothekenbuche) zugleich die Ausscheidung der Aktivmasse in Zubringen und Errungenschaft, vorehliche und ehliche Schulden, sowie Art und Titel der Contrahirung der letzteren

bezweckt, ist es nicht allein im Interesse des nicht überschuldeten Gatten, sondern es ist zur Gewinnung der Basis des Concursverfahrens unbedingt nöthig. (A. G. E. vom 9. November 1860, Nr. 757.)

Das demzufolge zu errichtende Inventar hat sofort auszuscheiden:

1) das Einbringen des Mannes mit den Unterabtheilungen, was davon noch vorräthig oder abgängig ist, mit Abzug der vorehlichen, Delikts- oder Spielschulden;

2) das Einbringen der Frau mit denselben Unterabtheilungen;

3) die während der Ehe angeschafften Objekte;

4) die während der Ehe contrahirten Schulden mit Rücksichtnahme auf die Art und Rechtstitel ihrer Entstehung, ob sie von gesammter Hand, oder einseitig, zum Besten des Ehezweckes oder nicht, mit Wissen oder mit Protestation des anderen Gatten, oder mit Bürgschaft der Frau eingegangen wurden, oder ob sie auf gemeinschaftlicher Handelschaft beider Gatten beruhen.

§ 105 b.

II. Im Besonderen.

A. Rechtsverhältnisse des Mannes bei Ueberschuldung der Frau.

Im Falle sich auf diese Weise nach dem Vorhergehenden eine Ueberschuldung des Vermögens der Frau herausstellt, und der Concurs gegen diese erkannt ist, so entsteht die Frage, wie sich der Ehemann zu verhalten hat, um zu seinen Ansprüchen zu gelangen.

Es läßt sich anführen, daß der Ehemann nicht gehalten sei, seine Rechte im Wege der Liquidation im Concurse geltend zu machen, denn das Vermögen beider Gatten ist nicht im Besitze der Frau, sondern in jenem des Ehemannes. Letzterer kann kein Zubringen liquidiren, denn er hat der Frau nichts zugebracht, sondern diese bringt dem Ehemanne ihr Vermögen zu, und er ist der juristische Besitzer desselben. Sein eigenes in die Ehe gebrachtes Vermögen besitzt der Ehemann ohnedieß, er besitzt aber auch die Illate der Frau als Haupt der Nutznießungsgesellschaft und deren Verwalter. (Erk. des H. G. von 1781, J. S. Kunkert gegen Hofheim. — Erk. des H. G. vom 9. Juli 1804, J. S. Brand gegen Brand. — Erk. des O. A. G. vom 19. Juli 1864, Nr. 772 $^{63}/_{64}$.) Wäre der Mann nicht Besitzer der Illaten der Frau, so könnte der Frau kein gesetzlicher Hypothekentitel für ihr Zubringen eingeräumt sein, sie könnte nicht die Gläubigerin ihres Mannes werden, und könnte nicht wie jeder andere Gläubiger locirt werden.

Die Ehefrauen können zwar auch ihr Heirathsgut, soweit es noch in Natur vorhanden ist, gemäß Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R., jure seperationis ansprechen, allein gerade, weil sie dieses können, resp. ihre Ansprüche im Concurse des Ehemannes geltend machen müssen, folgt, daß der Ehemann besitzt, daß für dessen Besitzrechte die Vermuthung streitet, daß deßhalb die Frau resp. deren Gläubiger handelnd gegen ihn auftreten müssen. Ist nun die Frau in Concurs gerathen, und deren Vermögen besitzt der Ehemann, so könnte angenommen werden, daß das zum Concurs gezogene Vermögen sich in anderen Händen, als in jenen des Cridars befinde und die Gläubiger müßten daher gegen diesen dritteren Besitzer nach G. O. cap. XIX. § 18 nr. 3 agendo auftreten, zumal als

nirgends eine gesetzliche Bestimmung über Geltendmachung und Locirung des eingebrachten Vermögens des Mannes im Concurse der Frau besteht, und alle Gesetzesstellen blos von den Illaten und Vermögensrechten der Frau sprechen, so daß der Ehemann seine Ansprüche durch Liquidation gegen die Frau nicht geltend machen kann, sondern er es ist, welchem das Vermögen der Frau von deren Gläubigern abgeklagt werden muß.

Allein es ist bei Entscheidung dieser Frage zu berücksichtigen, daß mit dem Concurs ein förmlicher Abschnitt der bis zu diesem Zeitpunkte bestandenen Errungenschaftsgemeinschaft und Vermögenseinheit eintritt, daß schon durch das Vorbereitungsverfahren eine Ausscheidung der drei Vermögensmassen vor sich geht, daß nach Tit. IV. § 1 des L. R. alle während der Ehe gemachten Schulden regelmäßig aus der Errungenschaft bezahlt werden müssen, daß aber nach Tit. III. § 4 nur so lange Alles für Errungen gilt, bis nachgewiesen ist, was zugebracht wurde, welcher Nachweis eben durch die Inventur formell bewirkt wird. Daraus ergibt sich ferner, daß wenn gegen den einen Gatten eine Ueberschuldung vorliegt, von einem Besitz und Nutzgenuß des ganzen Vermögens Seitens des anderen Gatten so lange keine Rede sein kann, als nicht die Schulden aus der vorhandenen Errungenschaft ihre Deckung gefunden haben, indem ein wirkliches Vermögen, somit die Möglichkeit des Nutzgenusses hieran, nur nach Abzug der darauf haftenden Schulden gedacht werden kann.

Nachdem übrigens auch in subsidium der Errungenschaft, d. h. wenn die Errungenschaft nicht zureicht, weiter verordnet ist, daß eine Haftung der Sondergüter der Gatten stattfindet, so müssen vorerst alle diese Gründe der subsidiären Haftung des andern Gatten, ob er von den Schulden gewußt, ob sie zum gemeinen Nutzen verwendet wurden rc. rc., erörtert sein, bevor dieser andere Gatte noch von einem ihm übrig bleibenden Separatvermögen sprechen kann, welches er dann jure seperationis, oder durch Liquidation von der Concursmasse verlangen mag, je nachdem seine Illate noch vorhanden sind, oder es sich um blose Forderungen handelt, weil zunächst nicht die Liquidstellung der Illate des Mannes, sondern beim Concurse der Frau der Umstand in Frage ist, ob, und wie weit er mit seinen Ansprüchen für die Schulden der Frau verhältnißmäßig mithafte.

Der Einwand des Mannes, daß er selbst Schulden habe, und daß seine Gläubiger, wenn er für die Schulden der Frau einstehen soll, verkürzt werden müßten, ist unbehelflich, weil die einmal implorirte gerichtliche Hülfe dadurch nicht aufgehalten werden kann, und die benachtheiligten Gläubiger des Mannes es sich selbst zuzumessen haben, wenn sie nicht rechtzeitig ihre Rechte wahrten, und von anderen Creditoren sich den Vorrang abgewinnen ließen. (A. G. E. vom 12. März 1864. — A. G. E. vom 9. November 1860, Nr. 757. — O. A. G. E. vom 19. Juli 1864, Nr. 772 63/64.)

§ 106.

B. Rechtsverhältnisse der Frau bei Ueberschuldung des Mannes.

I. Rücksichtlich der verschiedenen Arten der weiblichen Güter.

Die einschlägigen Bestimmungen des M. L. R. über die Vorzugsrechte der Frau im Concurse rücksichtlich der verschiedenen Arten

ihrer Güter sind in Tit. XXII. § 1. 3, 5, 11 niedergelegt, und es besteht nach § 3 nr. 4 und § 30 der Prioritätsordnung kein Zweifel, daß die Separationsrechte der Frau für ihr Eigenthum, soferne sie nicht nach dem Güterstande, in welchem sie lebt, für die Schulden des Mannes mithaften muß, auch jetzt noch nach den Bestimmungen des M. L. R. zu beurtheilen sind, obgleich durch das Hypothekengesetz von 1822 die übrigen Rechte der Frau den Gläubigern des Mannes gegenüber, namentlich der gemeinrechtliche Unterschied zwischen privilegirten und stillschweigenden Hypotheken, aufgehoben, und dafür bestimmt wurde:

1) daß gemäß § 12 nr. 6. des H. G. die Frau einen gesetzlichen Titel zur Eintragung einer Hypothek haben solle auf alle Immobilien des Mannes wegen ihres Eingebrachten, wegen der aus dem Ehevertrag ihr zustehenden Rechte, und ihrer Entschädigungsansprüche wegen ihrer vom Manne veräußerten Güter;

2) daß die Frau, wenn sie von jenem gesetzlichen Hypothekentitel keinen Gebrauch machte, oder soweit sie dadurch nicht in II. Klasse aus den Liegenschaften Befriedigung findet, gemäß § 23 nr. 3 der P. O. in die IV. Klasse zu setzen sei rücksichtlich ihres Heirathsgutes, ihres Eingebrachten, der Morgengabe, Widerlage und des Wittwensitzes, und ebenso die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kam, wegen ihres dem Bräutigam bereits übergebenen Vermögens.

Daß die Rechte der Frau dem Manne gegenüber vor dem Concurse, um schlechte Wirthschaft zu verhindern, sich fortwährend nach den Partikularrechten richten, ist selbstverständlich, und bei den treffenden Stellen des L. R. erörtert. (§ 85.)

Die Güter der Frau unterscheiden sich nun a) in Heirathsgut oder dos, b) in das übrige Zubringen, c) in ihren Errungenschaftsantheil, d) in etwaige vorbehaltene Güter, welche auch in anderen Statuten Receptivgüter genannt werden, mit sog. Spiel- oder Spargeldern.

ad a. Nach M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 1, 7 u. 11 genießen Separationsrechte: Diejenigen, welchen das Eigenthum an Sachen zusteht, welche der Cridar in Händen hat, dann der Gesellschafter des Cridars wegen der in die Gesellschaft eingebrachten, und noch in Natur vorhandenen Sachen, wenn es sich nicht um einen Concurs der Gesellschaft als solcher, sondern um eine Ueberschuldung des betreffenden Gesellschafters rücksichtlich seines sonstigen von der Gesellschaft unabhängigen Vermögens handelt, und endlich die Ehefrau wegen ihres Heirathsgutes, wenn dieses noch in Natur vorhanden ist, und nicht an die Gemeinschaft um einen bestimmten Preis verkauft wurde. Es wird dabei jedoch vorausgesetzt, daß das Heirathsgut nicht wegen Eheschulden in Anspruch genommen werden kann, welche während der Ehe mit Vorbewußt und Einwilligung der Frau gemacht wurden. In diesem Falle und unter dieser Voraussetzung können die Gläubiger nur den Ertrag des Heirathsgutes während der Ehe in Anspruch nehmen, d. h. so lange der Mann lebt, weil auch solche Eheschulden aus der Errungenschaft zu bezahlen sind, und die Erträgnisse des Heirathsgutes während der Dauer der Gemeinschaft in die Errungenschaft fließen. Betreffen die Schulden aber lediglich das Sondergut des Mannes, wie die vorehlichen, Delikt- oder Spielschulden, so können auch nicht einmal die Renten des Heirathsgutes während der Ehe von den Gläubigern in Anspruch genommen werden

(unter den obigen Voraussetzungen, daß es noch in Natur vorhanden, oder nicht an die Gemeinschaft verkauft wurde).

Wegen dieses besonderen Vorzugsrechtes des Heirathsgutes ist in Tit. I. § 8 der Frau der Rath ertheilt, sich rechtzeitig die nöthigen Beweismittel zu sichern, um die Qualität eines solchen Zubringens im Concurse gehörig erweisen, und die daraus fließenden Rechte sich sichern zu können. Es stimmt diese Anordnung des M. L. R. mit l. 12 § 1 C. (8. 18) und l. 29 C. (5. 12) überein.

ad b. Nach Tit. XXII. § 1 nr. 1 könnte es scheinen, daß die Frau auch das Recht hätte, ihr gewöhnliches Zubringen bei ausgebrochenem Concurse unbedingt jure seperationis zurückzufordern, weil es ihr Eigenthum bleibt, und sohin gleich ist einem Eigenthume, welches der in Concurs gerathene Mann in Händen hat. Allein dieses Eigenthum der Frau wurde in die Gemeinschaft zur Benutzung übergeben, und kann daher von der Frau als Gesellschafterin nach § 1 nr. 7 l. c. nur dann zurückgezogen werden, wenn es noch in Natur vorhanden ist, und wenn der Concurs den Mann nicht wegen seiner Beziehungen zu der Ehegesellschaft, sondern blos wegen seiner ganz außer der Ehe liegenden Verhältnisse, also wegen vorehlicher, Delikts- oder Spielschulden trifft. Bei jeder anderen Ueberschuldung ist das Zubringen der Frau so lange mit verhaftet, bis durch die Inventur und Liquidation hergestellt ist, daß ihre Haftung sich nur auf ihren Errungenschaftsantheil, oder auf welchen Betrag ihres Zubringens erstreckt. Es folgt dieses nicht nur klar aus den Worten der angeführten Gesetzesstelle, sondern auch daraus, daß gerade nur das Heirathsgut vermöge seiner rechtlichen Natur mit diesem Vorzugsrechte bedacht wurde, es folgt ferner aus dem rücksichtlich der Tragung der Ehelasten in Tit. IV. § 1 u. 2 des L. R. aufgestellten Systeme, und der daraus hervorgehenden Vermögenseinheit, es folgt aber auch namentlich aus § 11 Abs. 4 l. c., nach welchem nur dann während des Concurses der Genuß des ganzen vorräthigen Zubringens gestattet sein soll, wenn Zweifel obwaltet, ob auf in stehender Ehe gemachte Schulden der Concurs sich bezieht, und ob die Frau an diesen Schulden etwas zu tragen schuldig ist. Bis dieser Zweifel gelöst, und hergestellt ist, ob, was und wieviel die Frau an den Schulden mitzubezahlen hat, muß sie, um die Beiziehung ihres Zubringens zum Concurse zu vermeiden, den Gläubigern hinlängliche Sicherheit für jeden denselben drohenden Verlust stellen.

Was bei ausgesprochenem Concurse gilt, muß um so mehr bezüglich geltend gemachter einzelner Forderungen während der Ehe gelten; in beiden Fällen kann daher die Frau vor geschehener Ausscheidung einerseits ihrer Mithaftung, anderseits der Größe und der Objekte ihres noch vorhandenen Zubringens, Objekte ihres Zubringens der Execution als Deckungsmittel nicht entziehen, außer bei vollständiger Cautionsleistung.

Auch eine nach § 12 des Hypothekengesetzes eingetragene Hypothek kann dieses Verhältniß nur insoferne ändern, als sie der Frau für ihre noch wirklich bestehenden Rechte und Forderungen eine Sicherheit gewährt, da die Hypothek selbst nur ein accessorisches Recht ist, d. h. selbst erlischt, wenn und soweit das ihr zu Grund liegende Forderungsrecht nicht mehr besteht. Jede Mithaftung der Frau für die Eheschulden mit ihrem Zubringen vernichtet, soweit die Haftung reicht, die Substanz des Zubringens selbst, und es kann daher nicht angehen, daß die Frau im Concurse des Mannes ihr ganzes Illat blos deßwegen in Anspruch

nimmt, weil ihr für dessen ursprüngliche Größe eine Hypothek bestellt wurde, sowenig als eine Hypothek die Kinder für ein Muttergut sichert, welches beim Tode der Mutter rechtlich nicht mehr existirte. An die Stelle der dem Zubringen der Frau nach Tit. XXII. § 5 eingeräumten stillschweigenden Hypothek, oder dem nicht mehr in Natur vorhandenen Heirathsgut in § 3 gewährten privilegirten Hypothek, ist der Rechtstitel des Hypothekengesetzes und der erwähnte Vorzug nach der Prioritätsordnung in Bayern getreten. Die unter a und b entwickelten Rechte sind unter den beneficiis dotis et apportatorum zu verstehen, welche das L. R. in Tit. IV. § 4 XX. § 4 und XXIII. § 7 erwähnt.

ad c. Der Errungenschaftsantheil der Frau kann in einem Concurse der Gemeinschaft nie in Frage kommen, weil dann keine Errungenschaft vorhanden ist, aber auch im Concurse des Mannes nur in soferne, als er nicht für vorehliche, Delikts- oder Spielschulden des Mannes zu haften hat.

ad d. Die Receptivgüter, Spiel- oder Spaargelder der Frau berechtigen die Frau zu Vorzugsrechten im Concurse des Mannes als solche nicht, weil sie nicht in die Verwaltung des Mannes kommen. Wenn daher die Frau solche Güter dem Manne leiht, und sich dafür keine Hypothek bestellen läßt, so ist sie nur als eine gewöhnliche Gläubigerin des Mannes anzusehen.

§ 107.

II. Rücksichtlich der Ersatzansprüche der Frau.

Da die gesetzlichen Vorzugsrechte der Frau bezüglich ihres Heirathsgutes und Zubringens nach Tit. XXII. § 1 nr. 11 § 3 und § 5 ohne besonderen Eintrag und Förmlichkeiten vom Tage des Abschlusses der Ehe an wirksam waren, und dieses bezüglich des der Frau eingeräumten Separationsrechtes ihres Heirathsgutes auch jetzt noch der Fall ist, wurde von der Praxis hie und da geltend gemacht, daß zwar allerdings zur Erwerbung einer Hypothek nunmehr kraft des Hypothekengesetzes § 9 der Eintrag erforderlich sei, daß aber der der Frau gewährte Vorzug in IV. Klasse (§ 12 des Prioritätsgesetzes) nunmehr bezüglich der Schulden ihres in Concurs gerathenen Ehemannes gerade so wie früher wirke, daß ihr sofort wegen der mit ihrem Ehemann contrahirten Schulden auf den ganzen Betrag ihres Heirathsgutes und Zubringens Ersatz in IV. Klasse zuzusprechen sei, und daß sie selbst da, wo sie zu Gunsten ihres eigenen Gläubigers auf ihren Vorrang verzichtet habe, möglicher Weise Ersatz zu fordern berechtiget sein könne.

Anderseits wurde es unnatürlich gefunden, daß eine Ehefrau für Verbindlichkeiten, die sie selbst freiwillig einging, zum Nachtheile anderer Gläubiger aus der Masse des Mannes wieder den Ersatz sollte fordern können — oder daß die Frau durch ihre einseitigen Handlungen, nämlich durch Uebernahme von Verbindlichkeiten für einzelne Gläubiger, ihre Ersatzforderungen unbeschränkt erheben, und dadurch einzelne Gläubiger gegen Andere (nicht durch ihr eigenes Vermögen, sondern thatsächlich aus dem Vermögen des Mannes) willkührlich begünstigen könne. Eine Ersatzforderung soll daher der Ehefrau nur etwa da zu bewilligen sein, wo dieselbe einen Gläubiger aus ihrem eigenen Vermögen schon wirklich

bezahlt hat, oder es soll der Frau eine Forderung gegen den Mann nur dann zustehen, wenn er wieder zu Vermögen kommt, nicht aber mit Wirkung gegen die Gantmasse.

Allein beide Ansichten sind offenbar irrig, weil das L. R. an den angegebenen Orten nicht bestimmen will, ob und wann die Ehefrau Ersatzforderungen habe, oder für welche derartiger Forderungen ihr ein Vorzugsrecht zustehe, sondern es ordnet nur die Priorität der verschiedenen Ersatzforderungen, über deren Begründung andere Gesetzesstellen Norm geben. Wollte man diese Gesetzesstelle anders auffassen, und die Ehefrau berechtigt erachten, im Concurse ihr ganzes Heirathsgut und sonstiges Zubringen unbedingt zu fordern, so wären damit alle anderen Bestimmungen über Haftung der genannten Vermögenstheile für ehliche Schulden faktisch außer Kraft gesetzt.

Demungeachtet kann es sich um Ersatzforderungen der Frau im Concurse des Mannes handeln, und zwar in doppelter Richtung:

1) Solcher Ersatzforderungen, welche der Frau zur Ergänzung ihres verletzten Gemeinschaftsantheiles zustehen,

2) Solcher Ersatzforderungen, welche ihr zur Ergänzung ihres eigenthümlichen Zubringens gebühren.

§ 108.

1) Ersatzforderungen des verletzten Errungenschaftsantheiles.

Aus dem Satze, daß gewisse, während der Ehe gemachte Ausgaben aus dem Sondergute der Gatten zu leisten sind, folgt, daß wenn aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, also aus der Errungenschaft eine Summe herausgenommen wird, entweder um Schulden oder Lasten abzutragen, welche den einen Gatten, also hier den Ehemann allein treffen, z. B. um den Neubau eines ihm eigenthümlich gehörigen Hauses zu besorgen, oder darauf ruhende Grundlasten abzulösen, oder um die Prozeßkosten für die Erlangung eines solchen Objektes zu bestreiten, überhaupt um jenes Objekt zu erhalten und zu verbessern, oder um des Mannes vorehliche oder Delikts- oder Spielschulden zu bezahlen, der Mann verbunden ist, aus seinem Sondergut Ersatz an die Errungenschaft zu leisten, jedoch nur dann, wenn die Zahlungen aus dem Eheerwerb, und nicht durch Aufnahme einer neuen Schuld geschehen. (§ 109 sub 2 III.) Von diesem Ersatz kommen ihm dann bei der Abtheilung, welche dem Concurse voran zu gehen hat, wieder $^2/_3$ zu gut, und der Frau $^1/_3$.

§ 109.

2) Ersatzforderungen des verletzten Zubringens.

Hierher gehören folgende Ansprüche der Frau: a) für verkaufte Objekte ihres Sondergutes, deren Erlös entweder der Gemeinschaft oder dem Manne zugeflossen ist, d. h. wofür die Frau kein Surrogat erhalten hat. Dazu gehört auch der Fall, wenn mit dem baaren Zubringen der Frau in die zweite Ehe Schulden der ersten Ehe bezahlt worden sind. Man könnte verführt werden, anzunehmen, durch diese

Schuldenzahlung der ersten Ehe sei eine Errungenschaft der zweiten Ehe entstanden, und die Frau hätte dann nicht allein ein Recht auf ihr Zubringen, sondern auch Anspruch auf jene Errungenschaft zu 1/3. Hiedurch würde der Frau ihr Einkommen zweimal zu gut kommen. Diese Annahme wäre indeß falsch, denn das Rechtsverhältniß gestaltet sich so, daß die Schulden erster Ehe an dem Einbringen aus dieser in die zweite Ehe abzurechnen sind, d. h. das Einbringen des Mannes oder das Vermögen der Vorkinder vermindert sich um diesen Betrag, und es kann erst nach Abzug der vorehlichen Schulden von einem auszuliefernden Separatgute der Vorkinder oder des Mannes, d. h. von einer Errungenschaft die Rede sein (A. G. E. vom 1. März 1838 Nr. 232 M.); b) für Entwerthung oder Verringerung ihres Sondergutes, welche vom Manne durch Arglist oder Fahrlässigkeit verschuldet wurden, weil dem Manne die Verwaltung der Güter der Frau rechtlich gebührt; c) in allen Fällen, wo die Frau für Schulden des Ehemannes oder der Gemeinschaft persönlich haftbar gemacht ist, insbesondere durch Bürgschaft, weil sie durch diese den Regreß gegen den ursprünglichen Schuldner nicht verliert.

Vorausgesetzt wird in diesen drei Fällen, daß das Ersatzrecht der Frau nur soweit reicht, als und in wieweit sie nicht wegen der fraglichen Schulden nach Tit. IV. 1. 2 u. 3 mit ihrem Sondergut ohnedies haftbar ist.

Hinsichtlich dieser im Allgemeinen statthaften Ersatzforderungen der Ehefrauen für ihre Belastungen mit Schulden ihrer Männer oder der Gemeinschaft sind noch folgende Verhältnisse in Betracht zu ziehen.

I. Es ist nirgends verlangt, das die Ehefrau die Schuld, wofür sie Ersatz fordert, schon bezahlt haben müsse; aber soviel ist gewiß, daß sie die Schuld bereits auf ihre eigenen Güter übernommen haben müsse, und die Ersatzforderung nur eine Entschädigung für die dadurch bewirkte Belastung ihres Eigenthumes bezwecken dürfe, denn durch die Belastung sind ihr die Güter, soweit diese reicht, gerade so gut verloren, als wenn sie verkauft worden wären. Hieraus folgt, daß 1) die Frau mit der Wirkung der obigen Ersatzforderung nie mehr Schulden übernehmen kann, als ihr Zubringen beträgt, denn mit Ersatzforderungen, welche ihr selbst nur an die Gemeinschaft oder an den Mann zustehen, kann sie selbst keine Bürgschaft für den Mann oder die Gemeinschaft bedecken; 2) daß sie nur für den Betrag derjenigen Güter, die sie noch in Natur besitzt, und nicht schon für den Mann oder die Gemeinschaft veräußert hat, Schulden verbürgen kann.

Es tritt hier ebenfalls ein Unterschied hervor zwischen einer gewöhnlichen Abtheilung und jener einer Gant. Im ersten Falle kommt nur das Verhältniß der Eheleute unter sich zur Sprache, und die Frau hat dann einen Rückgriff an den Mann oder an die Errungenschaft, weil diese immer die primären Schuldner bleiben. Bei der Gant aber handelt es sich um das Verhältniß der Eheleute zu den Gläubigern, welche sich natürlich bei Ueberschuldung zunächst an die Bürgin halten. Bei der gewöhnlichen Abtheilung kann die Ehefrau für die ihr zugetheilten Schulden Entschädigung schon deßwegen fordern, weil sie ihr zugetheilt wurden, während sie dem primären Schuldner hätten zugetheilt werden sollen, also wegen unrichtiger Theilung, oder nach besonderem Uebereinkommen, bei der Gant aber deßwegen, weil sie schon vorher ihre eigenen Güter mit ehemännlichen Schulden belastete, sie also ohne

Rücksicht auf die Abtheilung diese Last auf sich hat. Die Frau fordert im letzteren Falle nicht Ersatz wegen Zutheilung von Schulden, sondern nur den Ersatz für ihr Beibringen, resp. für die der Ausscheidung ihres Vermögens schon vorausgegangene Belastung desselben. Ebendarum kann die Ersatzforderung auch nicht größer sein, als das Beibringen selbst. Die Verpflichtung der Frau gegen die Gläubiger kann unmittelbar nur auf ihr eigenes Vermögen wirken, sie selbst aber kann gegen die Gantmasse nie mehr als den Betrag ihres ganzen Zubringens fordern. Die Frau hat auch, sobald ihr Zubringen aufgezehrt oder in seinem vollen Werthe belastet ist, nichts mehr, um es der Gemeinschaft, oder dem Ehemanne ferner aufzuopfern, daher kann sie auch an diese für etwaige weitere Schuldübernahme keinen Ersatz fordern.

Belastet sie sich mehr, als für den Betrag ihrer Güter, und würde man ihr auch wegen dieses Mehrbetrages eine Ersatzforderung zugestehen, so wäre dieses eine Ersatzforderung für die Belastung ihrer Ersatzforderung, und die Frau erhielte für die männliche Sache zweimal den Ersatz. Einmal würde sie dafür, daß ihr Gut für den Ehemann oder die Gemeinschaft veräußert wurde, Vergütung erhalten, und das anderemal dafür, daß sie da, wo ihr Vermögen nicht mehr vorhanden ist, sondern selbst nur in Entschädigungsforderungen besteht, diese neuerlich mit Schulden belastet.

Man käme hiedurch zu der Unmöglichkeit, daß sich die Frau bis ins Unendliche verbindlich machen, und ihre Ersatzforderungen bis ins Unendliche ausdehnen könnte. Wenn sie ihre Güter schon sämmtlich veräußert hätte, und dafür aus der Masse Vergütung erhielte, kämen demungeachtet noch alle Forderungen der übrigen Gläubiger, für welche sie sich persönlich verbindlich machte, obgleich gar keine Deckung mehr dafür bewilliget werden konnte, doch vermöge des eheweiblichen Vorzugsrechtes in die IV. Klasse, und gingen sohin den übrigen Gläubigern vor. Die Ehefrau könnte damit, ohne ihr eigenes Vermögen zu schmälern, willkührlich einzelnen Gläubigern auf Kosten der Uebrigen Vorzugsrechte verleihen.

Jeder Ersatz, welchen die Frau in Anspruch nimmt, und nehmen kann, ist daher nur soweit gerechtfertigt, als er als Belastung ihres Zubringens, Heirathsgutes 2c. nach § 23 nr. 3 der Prioritätsordnung und § 12 nr. 6 des Hypothekengesetzes erscheint, denn nur soweit gebührt ihr selbst nach den klaren Worten dieser Gesetze ein Hypothekentitel oder Vorzugsrecht.

II. Hat die Frau bezüglich ihrer Illatenforderung im Concurs durch ein Abkommen mit den Gläubigern erklärt, daß sie diesen mit ihrer Forderung nachstehen wolle, so fragt es sich, ob dieses Abkommen Gültigkeit hat, wenn die Frau nicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten in gesetzlicher Form verzichtet hat. Der Einwand wegen mangelnder Entsagung auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten würde gemeinrechtlich nur dann von Bedeutung sein, wenn man in dem Verzichte auf den der Frau wegen ihres Einbringens zustehenden Vorzug die Uebernahme einer Verbindlichkeit zu Gunsten eines Dritteren, und damit eine Intercession erkennen kann. Das Aufgeben eines Rechtes, selbst zum Vortheile dritterer Gläubiger des Ehemannes, ist aber gemeinrechtlich nicht mit Ungültigkeit bedroht, oder an die Entsagung einer deßfalls gar nicht bestehenden Rechtswohlthat gebunden.

Eine andere Bedeutung erlangt jedoch die Frage nach M. L. R., denn hier ist nicht blos ein Verzicht auf die gemeinrechtlichen Rechtswohlthaten bei der Intercession, sondern auch der Verzicht auf das der Frau speciell statutarrechtlich zustehende beneficium dotis et apportatorum, d. h. ihr gesetzliches Vorzugsrecht wegen des Heirathsgutes oder Zubringens in Tit. IV. § 4, Tit. XIX. § 4 und Tit. XXIII. § 7 ausdrücklich erwähnt. In der ersteren Stelle ist zwar nur von einem Gutsprechen für den Mann die Rede, allein nach Tit. XIX. § 4 muß der fragliche Verzicht von der Frau überall erklärt werden, sobald es sich um eine Gefahr ihres Vorzugsrechtes handelt, es mag diese nun, wie das Gesetz sagt, durch die Aufnahme irgend einer Obligation (Hypothekbestellung) geschehen, oder analog durch einen Rücktritt der Frau hinter die Gläubiger ihres Mannes oder überhaupt in irgend einem Falle, in welchem diesem Vorzugsrechte eine Gefahr droht.

Gleichwie es sich bei dem Verzichte auf das S. Ct. Vellejanum und die auth. si qua mulier nur um Intercessionen der Weiber, d. h. um eine Belastung ihres Sondergutes mit fremder Haftbarkeit handelt, so kann es sich nach der Natur der Sache bei dem Verzichte auf die Vorzugsrechte des Heirathsgutes und Zubringens nie um die Uebernahme einer fremden Schuld, sondern nur um das Aufgeben eines fremden Rechtes handeln, und gerade hiefür hat das M. L. R., abweichend von dem gemeinen Rechte, einen gerichtlichen Verzicht in den angeführten Gesetzesstellen ausdrücklich verlangt.

Der Grund dieser Verfügung ist wie jener bei der Bürgschaft die Fürsorge für die im Uebrigen im Mundium des Mannes befindliche Frau, daß sie da, wo ihre Interessen mit jenen des Mannes collidiren, durch unüberlegte Eingehung von Verbindlichkeiten gegen die Absicht der ihr gewährten Rechtswohlthaten nicht beschädiget werde.

Die Frage ist nicht ohne Interesse, weil derartige Erklärungen der Weiber in Concursen nicht sollen geschehen, um die Gläubiger durch das Angebot einer Deckung für ihre Forderungen einem gütlichen Abkommen (Arrangement) geneigt zu machen. Hat die Frau auf diese Weise ihre Priorität anderen Gläubigern eingeräumt, so steht sie nur hinsichtlich der Priorität zurück, behält aber ihre Forderung. Sie nimmt dadurch weder dem Manne noch der Masse eine Schuld ab, und gibt auch keinen Theil ihres Vermögens auf, eben weil sie ihre Forderung behält. Es werden nur die Rollen zwischen der Frau und jenen Gläubigern getauscht, letztere treten sofort an die Stelle der Frau, und die Frau an die Stelle der Gläubiger. Eine Ersatzforderung der Frau gegen die Masse ist in diesem Falle rechtlich unmöglich, denn demjenigen, zu dessen Gunsten sie auf den Vorrang verzichtete, muß sie nachstehen, ob sie mit ihrer ursprünglichen Forderung oder mit einer Ersatzforderung auftritt, hinter jenem Gläubiger bleibt ihr aber ihre ursprüngliche Forderung selbst, ohne daß sie einer Ersatzforderung dafür bedürfte. Ein Anspruch gegen die Person des Cridars, nicht aber gegen die Masse mag der Frau indeß immerhin auf Grund eines mit demselben getroffenen Abkommens für ihren erlittenen Verlust vorbehalten bleiben. Hat also die Frau z. B. auf den Vorrang ihres Zubringens von 1000 fl. zu Gunsten einer späteren Hypothek von 3000 fl. verzichtet, so kann sie nicht hinter die ersten 1000 fl., aber vor die übrigen 2000 fl. dieses Hypothekargläubigers locirt werden, weil die Frau dem späteren Gläubiger das

Vorrecht ihrer Forderung abgetreten, dieser also, da die Forderung nur 1000 fl. betrug, nur für diese 1000 fl. den ersten Rang erworben habe, die Frau aber nach diesem vorangesetzten Theile seiner Forderung, jedoch vor dem Reste derselben mit dem Ersatz für ihre Vorrechtsabtretung wieder zu lociren wäre.

Hiedurch würde offenbar die Abtretung des eheweiblichen Vorrechtes mit der Abtretung der eheweiblichen Forderung selbst verwechselt, während der Ehefrau, die auf ihren Vorrang verzichtet, die Forderung bleibt; dagegen muß sie die Forderung des Gläubigers, zu dessen Gunsten sie verzichtete, wofern keine ausdrückliche Beschränkung gemacht wurde, ihrem ganzen Betrage nach voransetzen lassen.

III. Wegen jener Schulden, welche ihr vermöge der Abtheilung zufallen, kann die Frau, wenn diese Schulden von dem Errungenschaftsvermögen nicht gedeckt werden, einen Ersatz nicht ansprechen, denn dieser Schuldrest erscheint als ihre eigene Ehe-Einbuße, und es handelt sich dabei nicht um eine Schuld, welche die Frau nur vorschußweise oder als Bürgin übernommen hätte. Die Frau kann daher für diese, gerade im Verhältniß zu der ehemännlichen Concursmasse ihr auferlegte Verbindlichkeit nicht an die nämliche Gantmasse eine Vergütung fordern. Immerhin muß der Frau aber da, wo sie sich mit ihrem eigenen Vermögen, auch für eine Eheschuld, sammtverbindlich gemacht hat, für den ehemännlichen Antheil zu 2/3 eine Ersatzforderung zukommen, und ebenso da, wo für eine vom Manne beigebrachte Schuld während der Ehe ein Kapital aufgenommen und jene damit getilgt wurde, für 1/3 dieser getilgten Schuld. Die Frau hat nämlich im letzteren Falle durch die Aufnahme der neuen Schuld, welche eine errungenschaftliche geworden ist, eine ehemännliche Verbindlichkeit mit abgelöst, wozu ihr das Gesetz keine Verpflichtung auferlegt, sie hat also eine Schuld für den Mann übernommen, wofür ihr immer Entschädigung gebührt.

IV. Ueber die Locirung der hier in Frage stehenden auf Intercessionen beruhenden Ersatzforderungen ist Folgendes zu bemerken:

1) Der Gläubiger mit seiner Forderung und die Ehefrau mit ihrer Ersatzforderung können nie zugleich locirt werden; denn der Ehemann resp. die Concursmasse ist die Summe nur einfach schuldig, müßte diese aber doppelt bezahlen, wenn die Gläubiger und die Bürgin die Summe, jedes besonders, obgleich nur jedes mit einem auf das Ganze fallenden Betreffniß angewiesen erhielte. Die Frau kann da, wo sie als Bürgin im Verhältniß zur Concursmasse Sammtschuldnerin ist, zwar den ganzen Betrag, oder wo sie nur Mitschuldnerin ist, 1/3 des Betrages anmelden, die Forderung kann aber, wenn sie auch der Gläubiger liquidirt hat, nur einmal locirt werden. (A. G. E. vom 1. Dezember 1865 Nr. 2664.)

2) Gleichwohl aber sind die beiderlei Vorrechte, das weibliche Vorzugsrecht, welches dem Gläubiger abgetreten ist, und das Recht, welches dem Gläubiger vorher zustand, und auf die Frau durch den Rangtausch übergegangen ist, neben einander aufzunehmen. Der durch die Hypotheken-Objekte des Gläubigers nicht gedeckte Betrag seiner Forderung wird mit dem weiblichen Vorzugsrecht in IV. Klasse verwiesen, ohne vorerst in einer späteren Klasse Theil zu nehmen, weil sonst der nämliche Betrag zweimal in Aufrechnung käme.

3) Wird die Forderung allein von der Ehefrau angemeldet, so steht es ihr nicht zu, das etwa ältere Hypothekenrecht des Gläubigers selbst in Anspruch zu nehmen, weil sie als Bürgin sich ohne Cession durch die Rechte Desjenigen nicht decken kann, welchem sie durch die Bürgschaft verpflichtet ist; denn gemeinrechtlich nach l. 39 D. de fidejus. (46. 1) müßten dem Bürgen die Rechte des Gläubigers förmlich cedirt sein, und nach bayr. Hypothekengesetz muß diese Cession eingetragen werden; allein sie kann sich gegebenen Falles damit ganz oder theilweise schützen, daß der ursprüngliche Gläubiger seine Rechte durch unterlassene Anmeldung im Concurse verloren hat, und daß sie selbst als Bürgin nur subsidiäre Haftung und das Recht hat, die Vorausklagung des eigentlichen Schuldners zu verlangen.

§ 110.

Rückwirkung des Concurses auf die Kinder.

Die Frage ist hier, ob die Kinder verbunden sind, bei Unzulänglichkeit des Vermögens ihres überlebenden Elterntheiles dessen Gläubiger mit ihrem Vermögen zu decken.

Da nach Tit. VI. § 1 und § 5, Tit. VII. § 9 der überlebende Gatte nicht schuldig ist, ein Inventar zu errichten, bevor er zur weiteren Ehe schreitet, und den Nutzgenuß am Vermögen der Kinder ohne Ausscheidung und Caution behält, so wird sich im Falle eines ausbrechenden Concurses das Vermögen des überlebenden und des verstorbenen Gatten resp. der Kinder meistens in einer Masse befinden, wie während der Ehe.

Es gilt daher über die Nothwendigkeit eines Inventars und dessen Inhalt dasselbe, was bereits oben gesagt wurde. Die Ausscheidung der Masse wird aber bei Vorhandensein von Kindern auch noch im Auge zu behalten haben, welche Schulden als wirkliche Eheschulden, und welche als im Wittwenstande gemacht, zu erachten sind. Der Rückgriff der Gläubiger auf die Forderungen der Kinder des Cridars, auf ihr Mutter- oder Vatergut gehört dann zu dem individuellen Rechte jedes Liquidanten, und nur jene mit Verlust bedrohten Gläubiger, welche verlangt haben, daß die Kinder den ihnen zustehenden Nachtheil ausgleichen sollen, können gegen ein ihnen ungünstiges Erkenntniß Beschwerde führen.

Nachdem das L. R. verordnet, daß jeder Gatte Eigenthümer jener Vermögenstheile bleibt, welche er in die Ehe einbrachte, und seinen Gläubigern mit seinem Vermögen zunächst haftet, so daß nur in besonderen Fällen ein Gatte an den während der Ehe vom andern Gatten gemachten Schulden Theil nimmt, so ist zunächst nachzuweisen, ob die Schulden während der Ehe entstanden sind, oder voreheliche Schulden des verstorbenen, durch die Kinder repräsentirten Gatten waren, oder daß die Forderungen zum Besten der Kinder mitentstanden, und für dieselben der verstorbene Gatte, wenn er noch am Leben wäre, mit seinem Einbringen mithaften müßte, auch wenn er die Schulden nicht mitgemacht hätte.

Neben den aus diesem Gütersystem abgeleiteten Folgerungen, an deren Spitze der Satz steht, daß die Ehefrau bezüglich ihres Zubringens Gläubigerin ihres Mannes wird, in dessen Hände und Verwaltung sie

ihr Vermögen übergibt (A. G. E. vom 23. Dezember 1853 Nr. 188), statuirt das L. R. zwischen den Eheleuten die Errungenschaftsgemeinschaft. Nur auf diese concentrirt sich die zwischen den Gatten bestehende Gütergemeinschaft, ohne primär die Substanz des Zubringens zu berühren.

Nachdem aber mit dem Tode des einen Gatten diese Gemeinschaft an dem errungenen Vermögen aufhört, ist es klar, daß die Mithaftung der Kinder für die Schulden sich auf den Zeitpunkt des Todes des verstorbenen parens beschränkt, während die Frage der Haftung der Kinder für die ehlichen Schulden gerade so zu lösen ist, als wenn die Mutter oder der Vater noch am Leben wären, da sie nur die Stelle dieser ihrer Elterntheile jure repraesentationis vertreten können.

Für den Verbrauch ihres Vermögens vom Momente des Todes des einen Gatten werden die Kinder Gläubiger ihres überlebenden parens (Tit. VI. § 1), während sie dasselbe nach beendigtem Nießbrauch in Natur zurück, und für Beschädigungen durch Mißbrauch Ersatz verlangen können, also nur insoweit, sonst aber an dem Concurse gar keinen Theil nehmen. (O. A. G. E. vom 27. Juni 1855 Nr. 502 54/55. — O. A. G. E. vom 4. Juni 1850 Nr. 677 47/48.)

§ 111.

Vom Partikular-Concurs der Errungenschaftsgemeinschaft oder der einzelnen Gatten.

Da nach den Regeln des M. L. R. für die vor und während der Ehe gemachten Schulden bald nur das Sondergut des einen Gatten, bald die Errungenschaft allein, bald die Errungenschaft mit dem Zubringen pro rata des Errungenschaftsantheiles des einen oder andern Gatten haftet, so ist es klar, daß die eine oder andere dieser Vermögensmassen überschuldet sein kann, ohne die andere Masse, direkt wenigstens, in Mitleidenschaft zu ziehen, und es entsteht dann die Frage, ob die Gläubiger der Errungenschaft, d. h. die Gläubiger der eigentlichen Ehegesellschaft rücksichtlich des Eheeinbringens einen Vorzug vor den Sondergläubigern, d. h. vor jenen Gläubigern genießen, deren Forderungen aus vorehlichen, Delikts- oder Spielschulden, oder überhaupt aus solchen Schulden entstanden sind, welche bei der Theilung dem einen oder andern an der Gemeinschaft betheiligten Gatten zur Last fallen.

Zu bemerken ist bei der Entscheidung dieser Frage, daß die Ehegemeinschaft in Bezug auf Erwerb und Verlust einer eigentlichen Gesellschaft gleich steht, und daß das beiderseitige Einbringen der Gatten die Gesellschaftseinlage bildet, welche dem Gebrauche nach zunächst den Ehezwecken gewidmet ist (Tit. III. § 3 das M. L. R.), und daß ferner die Errungenschaft sich erst nach Abzug aller Eheschulden, sowie der Einlagen selbst formirt.

Hieraus könnte man folgern, daß die Sondergläubiger der Gatten an diese Errungenschaft erst dann einen Anspruch erheben könnten, wenn die auf der Errungenschaft lastenden Schulden abgezogen oder getilgt sind, daß folglich den Sondergläubigern erst ein eventueller Zugriff auf das Errungenschaftsvermögen zustehen würde.

Allein es ist nicht zu übersehen, daß die Sonderforderungen nicht bloß auf dem Zubringen, sondern überhaupt auf dem ganzen Vermögen des betreffenden Gatten lasten, und daß auch schon während der Ehe jedem Gatten ein ideeller, wenn auch ungewisser Antheil an der Errungenschaft eigenthümlich zusteht, welcher also dem Sondergute zuzurechnen ist, und folglich auch als Befriedigungsmittel der Sondergläubiger in Anspruch genommen werden kann. Von einem Partikularconcurse, wie er Eingangs dieses Paragraphen angedeutet ist, kann also bei der E. G. keine Rede sein, sondern sämmtliche Gläubiger eines Gatten sind eben aus dessen ganzem Vermögen nach Verhältniß ihrer Vorzugs- und etwaigen Separationsrechte zu befriedigen (§ 105 b).

Titulus V.

Von Vormünderen und Curatoren.

§ 1.

Wer nach des Vatters oder auch beider Eltern Tod als Vormund zu bestellen, und von wem.

„Wann ein Vatter mit Hinterlassung eines oder mehreren „Kinderen stürbe, und denenselben keine Vormünder gesetzt „hätte, soll deren Kinderen rechte Mutter oder Groß-Mutter „ihre Vormünderin sein, wo die aber nicht mehr im Leben, „oder sonsten nicht im Stand wären, soll das Gericht andere „Vormündere aus deren Kindern nächsten Anverwandten, die „darzu tauglich, bestellen, oder in deren Ermangelung frembde, „ehrbahre, bemittelte, ohnverschuldete Innwohnere darzu aus„ersehen, und in Pflichten nehmen."

§ 2.

Wer der Vormundschaft halber die Anzeig thun solle.

„Da nun solcher Kinderen beide Eltern abgestorben „wären, sollen die nächste Verwandte den letzten Todts-Fall „dem Gericht anzeigen, wann aber die Leut fremd da ge„wesen wären, und keine Verwandte des Orths hätten, sollen „alsdann die nächste Nachbahren den Todts-Fall anzeigen."

§ 3.

Das Gericht soll sich aller Pupillen und Minoren annehmen.

„Sollen sich die Gerichte jeden Orths nicht nur der„jenigen Pupillen und Minderjährigen von Ambtswegen an„nehmen, deren Elteren in dem Orth Burgere oder Beisassen „gewesen, sondern jedermanns Kinderen, die sich allda nur „eine Zeit lang aufgehalten haben, wann sie schon auch „sonsten fremd wären."

§ 4.

Wie es zu halten, wenn die Kinder alle minderjährig.

„Wann die hinterlassene Kinder alle minderjährig, so „soll man die Verlassenschaft nur inventiren, den Vormünder „aber insgemein bauen und besorgen, die Kinder auch aus „gemeiner Nahrung verpflegen lassen, so lang biß eines oder

„das andere einen Stand antritt, und es also seine Erb-
„Portion selbsten verwalten kan, welchen Falls diesem seine
„Erb-Portion würklich auszulieffern wäre.“

§ 5.

Alles soll inventirt, dem Vormund gelieffert, und von diesem jährlich Rechnung gethan werden.

„Solle ein jeder Vormund, nach abgelegtem Eid, bei
„Antrettung der Vormundschaft, ein gerichtliches Inventarium
„machen, und sich davon eine authentische Copey geben lassen,
„wovon ihm weder Gericht, noch deren Kinderen testirender
„Vatter oder Mutter befreien mag, sodann seind die Vor-
„mündere und Curatoren schuldig und gehalten, alle Jahr
„dem Gericht Rechnung zu thun, und wann dieselbe richtig
„befunden worden, soll selbige von dem Ober- und Unter-
„Schultheiß, auch Aeltesten des Gerichts, sodann dem Gerichts-
„Schreiber unterschrieben werden, und damit die Vormündere
„desto besser Rechnung thun mögen, soll ihnen gleich nach
„der Inventirung und Theilung alles gelieffert werden.“

§ 6.

Wie es mit deren Abwesenden Güter und Effekten zu halten.

„Wäre aber ein oder anderes deren Kindere abwesend,
„so sollen über dessen, oder deren Abwesenden in denen
„Chur-Mainzischen Landen gelegene Gütere und Effekten so
„lang Curatores bestellt werden, biß dieselbe wieder zurück-
„kommen und großjährig sein werden, oder genugsam dar-
„gethan seie, daß sie in der Fremd verstorben, da alsdann
„sothane Güter und Effekten denen rechtmäßigen Erben zu-
„kommen sollen.“

§ 7.

Wann ein Gerichtsfreund von der Vormundschaft nicht frei.

„Soll zu keiner Vormundschafft oder Curatel ein Ge-
„richtsmann genommen werden, es seie dann, daß man sonst
„keine andere taugliche Person dazu haben könte, oder der
„Gerichtsmann ein naher Anverwandter des Pflegkinds wäre.“

§ 8.

Nur ein Vormund soll die Rechnung führen. Wann ein Curator beizugeben.

„Es mögen so viele Vormündere gesetzt werden, als
„man dienlich und nöthig findet, doch soll nur einer die
„Rechnung und Güter-Verwaltung führen, die andere aber
„nichts, als die Obsicht haben, hätten aber die Pupillen an
„mehr Orthen Güter, und der Vormünder könte sie nicht
„alle füglich verwalten, so mag ein Curator dazu genommen
„in dem Orth, wo die Güter gelegen, der selbige administrire.“

§ 9.

Das Pflegbefohlene hat Unterpfand in des Vormunds Güteren.

„Ein angesessener Vormund ist zwar keine besondere
„Caution zu stellen schuldig, doch seind seine Güter dem
„Pflegkind von Zeit der angetrettenen Vormundschafft still-
„schweigend verpfändet.“

§ 10.

Wie lang eine Mutter oder Großmutter Vormünderin bleibe.

„Die Mutter oder Groß-Mutter, so ihrer Kinder Vor-„mundschafft übernimmt, ist zwar zu schwören nicht gehalten, „wann sie nicht mehr heurathet; thäte sie aber heurathen, so „fallet die Vormundschafft von selbsten, und ist auf diesen „Fall ein anderer Vormunder zu bestellen."

§ 11.

Was ein abgehender Vormund und was der neu zugehende thun soll.

„Stürbe ein Vormünder, oder käme sonst aus er-„heblichen Ursachen von der Vormundschafft, so hat der nach „ihm folgende Vormunder sich alles von dem vorigen Vor-„mund oder dessen Erben, dem Inventario nach, also gleich „lieffern zu lassen, ehe er sich in etwas einmische, und dieses „soll geschehen in Gegenwart eines Gerichts-Schöffen und „Gericht-Schreibers, welche gleich auffzeichnen, und eine „Spezification verfertigen sollen, was dem letzten Vormunder „nicht gelieffert worden, oder etwan weiter aus denen erhobenen „Früchten, oder sonsten eingehändiget worden, die in dem vorigen „Inventario nicht gestanden, solchemnach hätte der erste Vormund „oder dessen Erben biß dahin seine Schluß-Rechnung zu stellen, „der andere aber mit seiner Rechnung von dorten anzufangen."

§ 12.

Wann ein weiterer Vormund zuzuordnen.

„Käme ein Vormunder in Nahrungs-Verfall, oder sonsten „dem Gericht verdächtig vor, oder würde wegen dessen schlechten „Obsicht auf die Pupillen und deren Habschaft geklaget, so „wäre ihm ein anderer, der auf ihn Obacht haben solle, in „Zeiten beizuordnen, würde alsdann dieser eine notable böse „Haushaltung befinden, so soll er es dem Gericht ohn-„verweilt anzeigen, und der andere Vormund gar abgesetzet, „und zu ohnverweilter Ablag seiner Vormunds-Rechnung „angehalten, jenem aber die völlige Verwaltung aufgetragen „werden."

§ 13.

Die Curatel höret auf bei eintretender Mannbarkeit des Minorennen.

„Es wird auch ein Vormünder seiner Curatel loß, „sobald sich eine Person verheurathet, oder 25 Jahr alt „worden wäre, und obwohlen vermög Kaiserlichen Rechten „die Tutel mit derer Kinderen erlangter Mannbarkeit auf-„höret, weilen aber hierauf die Curatel gleich anfanget, und „die Abwechselung deren Vormünderen denen Pfleg-Kindern „schädlich befunden worden;"

Der Vormund bleibet dannach Curator bis zur Volljährigkeit.

„Als ordnen Wir, daß der Vormund nach Endigung „der Tutel bei annoch fürwährender Minderjährigkeit, die „Curatel danach fortzuführen gehalten sein solle."

§ 14.

Wann und wie einem erlaubt, das

„Es hat auch die Curatel ein Ende, wann eine Person „veniam aetatis erlanget, das ist: Wann sie von Uns oder

Seinige selbst zu verwalten.

„Unserer nachgesetzten Regierung für majoren erkläret, und „derselben ihrer Sachen eigene Verwaltung, vor erlangtem „25jährigem Alter, gestattet wird, welche Gnade, wann sie „einer erlangen wolte, wenigstens 20 Jahr alt sein, und „dasselbe mit dem Tauff=Zettul beweisen, auch anbei ein „Attestatum von dem Curatore, einiger seiner nächsten „Freunden, und dem Gericht oder Obrigkeit beibringen muß, „daß er sich bishero wohl verhalten, und eines solchen guten „Gemüths oder Sitten seie, daß man vernünfftiger Weiß „urtheilen könne, daß er seinen Sachen selbsten vorzustehen, „gnugsame Fähigkeit besitze."

§ 15.

Ursachen, warum ein Vormund abzusetzen

„Die Vormundschafft höret auch auf, wann ein untreuer „Vormund abgesetzt wird, so das Gericht wohl thun mag, „wann der Vormund ein ruchloses Leben führet, sich in dem „Seinigen verschwenderisch aufführet, wann er durch drei „erkannte Decreta nicht zur Rechnung zu bringen gewesen, „wann er deren Kinderen ausstehende Activ=Schulden in Zeit „nicht mit Ernst eintreibet, sondern dem Schuldner in so „lang, biß er außer Zahlungstand kommet, nachsiehet, wann „er Haus und Güter in Abgang kommen lassen, welche er „aus des Kinds Mitteln doch wohl hätte in Stand erhalten „können. Wann er die Früchten nicht zu rechter Zeit ein„gethan, oder dieselbe nicht gebührend verwahret, oder wann „die Obrigkeit sonsten erhebliche Ursachen hierzu findet."

und ein anderer anzuordnen.

„Wann nun ein solcher von der Vormundschafft ab„kommen würde, nach Erkanntnuß des Gerichts, so soll das „Gericht an dessen statt einen anderen tüchtigen Vormund „gleich wieder hierzu ernennen, und da derselbe sich hierzu „nicht verstehen wolte, auch keine hinlängliche Entschuldigung „hätte, solle es ihn bei einer Geld=Straf dahin zwingen, den „abgekommenen Vormund aber zu Ablegung deren Vormunds„Rechnungen, und Entrichtung des etwa sich hieraus er„gebenden Receß oder Rückstands mit erforderlichen Ernst „und Nachdruck ohnverweit anhalten."

§ 16.

Niemand ist mit zu vielen Vormundschafften zu beladen.

„So solle auch darauf gesehen werden, daß einer nicht „mit zu vielen unterschiedlichen Vormundschafften beladen „werde, sondern dieses, so viel thunlich, unter denen best „bemittelten Einwohnern jedes Orths umgehen, und hierinnen „eine Ordnung gehalten werden."

§ 17.

Wie es mit denen vorräthigen Pupillengeldern zu halten,

„Auch sollen die Curatores und Vormündere, wann „sie von ihren Pflegkindern entbehrliches Geld in Handen „haben, dasselbe in die Gerichts=Kisten legen, und jedes Ge„richt ohne Zeitverlust sogleich dieses einem zeitlichen Beambten

wie selbe zu verwahren,

und sicher auszulehnen.

„anzeigen, welcher in ein hiezu verfertigtes besonderes Pro-„tokoll also gleich aufzuschreiben hat, wie viel Pupillen- oder „Minorennen-Gelder in diesem oder jenem Orth zum Aus-„lehnen parat liegen, auf daß, wenn jemand im Land Geld „nöthig hätte, er bei einem churfürstlichen Beambten erfahren „könne, wo Geld aufzunehmen seie, damit hiedurch das Geld „auf gerichtliches Unterpfand sicher ausgelehnet, und die „Wiedereintreibung dessen desto leichter werde; indessen hätten „die Gerichten in alle weeg dahin zu sehen, daß die denen „Pfleg-Befohlenen oder Minderjährigen zustehende und von „dem Vormund geliefferte Gelder bis zu erfolgender Aus-„lehnung an einem sicheren Orth bestmöglichst und zwar ohn-„entgeldlich verwahret werden, mithin solche nicht entkommen, „oder einiger Gefahr exponirt sein mögen."

§ 18.

Was ein Vormund für sich verrechnen könne.

„Auch solle kein Vormund etwas wegen seiner Mühe-„waltung zu fordern haben, sondern er soll dieses Ambt „ohnentgeltlich tragen, wann er aber etwas in Ansehung der „Vormundschafft, als Reiß- und Fahr-Geld, auch nothwendige „Zehrungs- und dergleichen Kösten in Geschäfften des Pupillen „oder Minorennen auszulegen hätte, das muß ihm vergütet „werden."

§ 19.

Was bei Abhörung der Rechnung zu beobachten.

„Die Vormunds-Rechnungen sollen von dem bei der „Theilung oder Inventario gewesenen Schöffen, oder nach „dessen Ableben durch einen andern, erstlich durchsehen, und „alsdann auf dem Land vor ganzen Gericht abgehört werden; „Befände man aber alsdann Mängel oder Ausstellungen in „der Rechnung, die soll man notiren, und dem Vormunder „oder Curatorn einen peremtorischen Termin zu deren Justi-„ficir- und Erläuterung ansetzen."

„Wann er sie aber in termino nicht justificiren würde, „solle dieses unten an die Rechnung gesetzt, und bei dem „Unterschreiben gemeldet werden, daß die Rechnung ab-„gehört, und bis auf diese ausgesetzte Posten ihre Richtig-„keit habe."

§ 20.

Wie selbige einzurichten, und was dafür zu vergüten.

„Sollen alle dergleichen Rechnungen in Duplo übergeben „werden, damit man eine bei Gericht verwahre, die andere „aber nebst ihren beiliegenden Quittungen dem Vormunder, „nach beschehener Rechnungs-Untersuchung, wieder zustellen „möge;"

„Was nun der Vormund vor die Rechnung zu stellen, „oder abzuschreiben auslegen müste, solches wäre ihm zu „vergüten."

Folget deren Vormunder und Curatoren Ayd:

„Ihr sollet geloben und schwöhren einen leiblichen Ayd zu Gott „und seinen Heiligen, daß ihr NN. nachgelassener Kinder, deren Vor„munder ihr verordnet seid, Personen und Güter getreulich und ehrbarlich „wollet fürsein, ihre Personen und Güter versehen, die Güter in euren „Nutzen nicht kehren, oder wenden, darüber ein rechtmäßiges Inventarium, „da es noch nicht geschehen, aufrichten lassen, sie aus- und innerhalb des „Rechtens treulich beschirmen und vertretten, was schädlich und unnützlich, „unterlassen, ihre liegende Güter, Zinß und Rhenten ohne Vorwissen, „Erkanntnuß und Decret der Obrigkeit nicht veräusseren, verpfänden oder „beschwehren, denen Kinderen oder Pflegbefohlenen alljährlich, oder wo „es dazwischen ihnen noth oder nützlich sein würde, vor der Obrigkeit „gebührliche Rechenschafft thuen, über ewre Verwaltung Red- und Ant„wort geben, Liefferung leisten, und alles anderes thuen und lassen „wollet, was einem getreuen Vormund eignet und gebühret."

---

§ 112.

Geschichtliche Einleitung.

Eigenthümlich ist die Wahrnehmung, daß die Vormundschaft sowohl nach dem ältesten deutschen Rechte, als nach dem ältesten römischen Rechte mit dem Erbrechte in Verbindung stand, obgleich sich beide Rechte vollkommen unabhängig von einander ursprünglich entwickelt haben.

Dort wie hier waren die nächsten Intestaterben gleichmäßig vom Gesetze zur Uebernahme der Vormundschaft berufen, um ihnen die Möglichkeit zu gewähren, ihr künftiges Erbrecht gegen die Gefahr einer Beeinträchtigung oder Entfremdung des Vermögens zu sichern. Ulpian rühmt dieses l. 1 pr. D. (26. 4) als eine weise Vorsicht, und nach deutschem Rechte war der Vormund sogar der Nutznießer des Vermögens seines Pfleglings, wenn er zugleich dessen Verwandter war. (Mittermaier, d. P. R. Thl. II. § 414.)

Die deutsche Vormundschaft beruht wesentlich auf zwei Grundsätzen:

1) darauf, daß sie eine Familiensache ist,

2) daß der Staat als obervormundschaftliche Gewalt über das gesammte Vormundschaftswesen zu wachen hat.

Der erste Grundsatz hängt mit der Vorstellung zusammen, daß die alte deutsche Familie eine geschlossene Rechtsgenossenschaft war, in welcher zu den Familienpflichten auch die gehörte, alle schutzbedürftigen Familienglieder zu vertreten. Alle Familienrechte, daher auch das Erbrecht, standen hier im nächsten Zusammenhange mit der Ausübung dieser Pflichten, und daraus erklärt sich, warum die Ordnung der Erbfolge auch die Ordnung bestimmte, in welcher die Verwandten Vormünder sein mußten. Dabei galt noch die Ansicht, daß die ganze Familie die Aufsicht über den Vormund führte, und die Verwaltung des Vormundes prüfte. Insofern ist der Familienrath eine altgermanische Einrichtung. (Maurenbrecher, d. P. R. Bd. II. S. 638.)

Damit hängt dann auch zusammen, daß die alte deutsche Vormundschaft der Verwandten eine tutela fructuaria war, und diesen den Nießbrauch am Vermögen des Pfleglings gewährte. Die Obervormundschaft entstand, dadurch, daß der Landesfürst als der oberste Beschützer und Vertreter aller Personen galt, welche in dem Lande sich aufhielten, schutzbedürftig waren, und nicht ihren natürlichen Schutzherrn hatten. Auf die Art, wie der Kaiser diese Obervormundschaft hatte, bekamen sie auch die einzelnen Kurfürsten und Reichsstände, und es bildete sich so die Ansicht aus, daß die Gerichte, oder eigene Aemter, als von dem Regenten beauftragt, über das ganze Vormundschaftswesen Aufsicht führten, und dieses blieb auch dann noch bestehen, als bereits durch Verbreitung der römischen Ansichten und durch die Auflösung der alten Familienverbindungen die Vormundschaft mehr eine Sache wurde, welche auch von Nichtverwandten besorgt werden konnte, wo dann die Vormundschaftsämter eine strengere Aufsicht auf die Vormünder im Interesse der Pupillen für nothwendig hielten.

Am eingehendsten haben sich mit dieser Materie schon die Reichsgesetze, namentlich die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. XXXII. beschäftiget. Der Grund, warum dieses geschah, obgleich die Reichsgesetze sonst nichts über das Privatrecht bestimmten, liegt darin, daß man die Idee der Obervormundschaft der Fürsten als ein festgewurzeltes Recht betrachtete, und daß man es für nothwendig hielt, die Folgerungen aus dieser Obervormundschaft im Gesetze bestimmt anzugeben, weil sich in dem römischen Rechte darüber keine genügenden Vorschriften fanden. In Consequenz dieser Ansichten sollte daher ausgesprochen werden, welche Pflichten die Gerichte vermöge ihrer Gewalt zum Besten der Pupillen haben, und demgemäß verordnet:

1) daß jeder Vormund erst vom Gerichte bestätigt sein mußte, wenn er Vormund sein wollte,

2) es wurde gefordert, daß die Gerichte von Amtswegen für die Ernennung von Vormündern und Curatoren sorgen sollten,

3) es wurde eine Cautionsstellung des Vormundes, Rechnungsablage am Schlusse jeden Jahres befohlen, und

4) wurden die Gerichte angewiesen, von Amtswegen über die Verwaltung der Vormünder Aufsicht zu pflegen. Dabei war es aber nicht Absicht der Reichsgesetze, von dem römischen Rechte abzuweichen, sondern Alles, was dort auf die Sicherheit der Pupillen abzweckt, soll auch nach dem Willen der Reichsgesetze angewendet werden; das römische Vormundschaftsrecht soll im Ganzen das gemeine Recht sein, und die Sicherheit der Pupillen soll nur noch mehr verstärkt werden.

Ebensowenig bestand aber auch die Absicht, dem Vormunde seine Selbstständigkeit zu entziehen, und nur das Gericht als handelnd darzustellen, das letztere sollte vielmehr immer nur die aufsehende Behörde sein, so daß der Vormund selbst verantwortlich bleibt. Die Aufgabe in dieser Lehre, und das Streben der neueren Gesetzgebungen ist es, der Familie des Mündels eine passende Einwirkung zu sichern, ohne von dem Eigennutz oder der Unthätigkeit derselben das Schicksal des Mündels abhängig zu machen, zugleich die obervormundschaftliche Verwaltung auf zweckmäßige Art zu einer Gemeindesache zu machen, und den Gerichten nur eine geeignete Oberaufsicht zu geben, jedoch so, daß nicht durch die

Masse der Formen und Anfragen die Vormundschaft zu einer drückenden Last wird, welcher sich die Bürger möglichst zu entziehen suchen[1]).

Während die Vormundschaft nach dem älteren deutschen wie römischen Rechte mehr eine Einrichtung zum Vortheile derjenigen war, welchen sie übertragen wurde, erscheint sie jetzt in ihrer vernünftigen Auffassung als die Fürsorge des Staates für Personen, welche faktisch oder rechtlich nicht in der Lage sind, für sich selbst zu sorgen.

§ 113.

Begriff der Vormundschaft und Unterschied zwischen Tutel und Curatel.

Nach dem römischen Rechte ist die Vormundschaft eine durch das bürgerliche Recht übertragene und anvertraute Macht und Gewalt über eine freie Person, welche wegen ihres Alters (wegen Minderjährigkeit) sich nicht selbst vertheidigen kann. Vormünder aber sind jene, welche diese Macht und Gewalt besitzen. l. 1 pr. D. (26. 1.)

Diese Aufgabe der Vormünder wird dahin erklärt, daß sie die Geschäfte der Pupillen zu besorgen, und ihr Vollwort (auctoritas) für dieselben einzulegen haben. (Ulpiani fragm. XI. § 25.)

Die römischen Juristen bezeichnen die Vormundschaft als ein munus publicum oder civile personale. l. 1 § 4 l. 18 § 1 D. (50. 4.) — l. 6 § 15 D. (27. 1.) — pr. J. (1. 25.)

---

[1]) (Archiv für civil. Praxis XVI. St. S. 204.) Das franzöſ. Recht hat aus beiden Rückſichten zu dem altgermaniſchen Inſtitute des Familienrathes zurückgegriffen. Dieſer iſt zuſammengeſetzt aus den Verwandten der väterlichen und den Verwandten der mütterlichen Linie des Curanden je zur Hälfte. Jeder Vormund iſt an die Zuſtimmung dieſes Familienrathes, welcher eine Art Behörde bildet, in gewiſſen vorgeſchriebenen Fällen gebunden, jedoch bedürfen die Beſchlüſſe dieſes Rathes in gewiſſen Angelegenheiten der obrigkeitlichen Beſtätigung. Der Umfang der Obervormundſchaft wird dadurch vermindert, und der Vormund ſelbſtſtändiger, als er es nach römiſchem Rechte iſt. Mitglied und Vorſtand des Familienrathes iſt der Friedensrichter. (Zachariä, Hdbch. Bd. I. § 91 ff.)

Was nun speciell die Vergangenheit des Vormundſchaftsweſens in den Landestheilen des M. L. R. betrifft, ſo führt Bodmann in ſeinem Werke über Rheingauiſche Alterthümer II. Abth. S. 646 darüber an: die Mompar- oder Truwenhänderſchaft (Treuhänder) war im Mittelalter unſeres Rheingaues ein unumwundenes und ausſchlüſſiges Recht der Sippſchaft, in welches ſich, Beſchwerdefälle ausgenommen, weder Gerichte noch der Landesfürſt einmengten. Man findet daher über dieſen Gegenſtand ſo wenig in alten Gerichtsprotokollen als elterlichen Teſtamenten etwas aufgezeichnet und verſehen. Sie endete ſich, wenn das Kind zu ſeinen Jahren kam, d. h. mit vollendetem ein und zwanzigſten Jahre. Die Güterverwaltung ſchien dabei dem alten Rheingauer angelegentlicher, als des Pflegbefohlenen Erziehung und Bildung; für erſtere mochte Gott und die Natur walten, letztere lag damals unter Rheingaus Horizonte. Rechnungen wurden nur am Ende der Momparſchaft und zwar den Nächſtgeſippten abgelegt. Gerichtliche Obervormundſchaft und Aufſichtsrecht ſchliefen in tiefer Lethargie, woraus ſie nur erſt Albrecht, der Vater des neuen erzſtift. Vormundſchaftsrechtes, durch die angezogene Untergerichtsordnung (v. 1534, welche auch bezüglich des Einkindſchaftsweſens oben unter Tit. II. dieſer Abhandlung mehrfach erwähnt iſt) in Leben und Kraft erweckt hat. Zuweilen ward auch ein Ortsgericht unſeres Rheingaues von einem andern Ortsgericht daſelbſt, oder auswärts, zur Verwaltung oder Veräußerung dort gelegener Güter beſtellt.

Das M. L. R., wie es in unſerem Titel dargeſtellt iſt, iſt nun größtentheils jener Untergerichtsordnung entnommen, gibt aber insbeſondere die Pflichten des Vormünders, wie ſie in der Eidesformel zuſammengeſtellt ſind, faſt wörtlich nach der Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. XXXII. § 3.

Der ursprüngliche deutsche Name ist „Mund“, im Latein des Mittelalters mundium, daher Mundelinge, Mündel, Foremund, Vormund.

Eine eigene Art der Fürsorge für Personen, welche ihre eigenen Angelegenheiten nicht selbst besorgen können, ist die Curatel; jene Personen, welchen diese Fürsorge obliegt, heißen Curatoren.

Den wesentlichen Unterschied zwischen Tutel und Curatel suchte man in dem Satze (l. 14. D. [26. 2]) „daß die erstere für die Person, die letztere für das Vermögen gegeben werde — „tutor personae, non rei datur“. — Diesen Satz haben manche Juristen damit in Verbindung gebracht, daß über den Curator in l. 8 C. (5. 4) und l. 20 D. de ritu nupt. die Aeußerung vorkommt „solum patrimonii administrationem habet“, und daraus den obigen Grundsatz gebildet „tutor personae datur, curator rei“, d. h. der Tutor hat nur, oder wenigstens hauptsächlich für die Person, der Curator für das Vermögen des Mündels zu sorgen. Ob dieses Princip heutzutage noch gilt, oder durch die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. XXXII. § 3 aufgehoben sei, darüber streitet man [1]).

In Bezug auf die erwähnte Reichspolizeiordnung ist aus dem römischen Rechte hervorzuheben, daß die mündigen Minderjährigen wider ihren Willen keinen Curator erhielten, sondern nur dann, wenn sie darum nachsuchten l. 13 § 2 D. (26 5) l. 2 § 4. 5 D. (26. 6) l. 43 § 3 D. (3. 3) § 2. J. (1. 23); solche mündige Minderjährige nun, welche keinen Vormund hatten, konnten nach römischem Rechte ihres Alters ungeachtet in der Regel über das Ihrige frei verfügen, und durch ihre Handlungen sowohl sich als Andere verbindlich machen; nur wegen bedeutenden Verletzungen war ihnen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet; die Veräußerung und Verpfändung ihrer unbeweglichen Güter war von der Einwilligung der Obrigkeit abhängig gemacht. Dieses

---

[1]) (Thibaut, l. c. § 424 und Glück, Comm. Bd. 30 S. 34—60.) Die einschlägigen Worte der Reichspolizeiordnung sind folgende: „Daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorsein, ihre Person und Güter versehen und verwahren wolle.“ Allein der Streit wird zwecklos geführt: denn, daß auch schon im römischen Rechte der tutor vollkommen, und sogar vorzugsweise mit der Verwaltung des Vermögens beauftragt sein konnte, beweist die alte Geschlechtsvormundschaft (tutela sexus) — Ulpiani fragm. XI. § 25 und l. 3 pr. § 11 D. (27. 2), sowie der Umstand, daß der Tutor gerade die Erziehung der Pupillen selbst besorgt, und in Bestimmung der Art und Kosten derselben schon nach römischem Recht an die Genehmigung der Obrigkeit gebunden ist. l. 1 § 1—3 l. 5 pr. D. (27. 2). Daher hat der Ausdruck „tutor personae datur, curator rei“ einen ganz anderen Sinn, nämlich den, daß, weil der Vormund zur Ergänzung der juristischen Person bestimmt ist, der Vater in seinem Testament einen Tutor nicht blos zu einem einzelnen Geschäft geben kann; ebenso erhellt aus den Gesetzen klar, daß der Curator auch für die Person des Mündels zu sorgen hat, l. 13 pr. § 5 l. 7 D. (27. 2), und die scheinbar entgegenstehende obige Aeußerung hat in Bezug auf die Verheirathung des Curanden, wobei sie gebraucht wird, nur den Sinn: der Curator hat auf die rein persönlichen Verhältnisse des Curanden keinen Einfluß. Demnach haben Tutor und Curator auf ganz gleiche Weise für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen; der Unterschied liegt vielmehr darin, daß die unmündigen Minderjährigen wegen ihres unvollständigen Willens auch rein persönliche Verpflichtungen ohne das Vollwort (auctoritas) des Tutors nicht übernehmen können, die mündigen Minderjährigen dagegen in solchem Falle den Consens des Curators nicht brauchen. Letzteres soll nach der Ansicht Mancher durch die angeführte Reichspolizeiordnung abgeändert sein; allein dieses Gesetz wiederholt nur diejenigen Verpflichtungen zur Sorge für die Person, wie sie auch schon bei den Römern dem Curator oblag.

Verhältniß ist durch jenes Reichsgesetz Tit. XXXII. § 1 „und verordnen: daß den Pupillen und minderjährigen Kindern, jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher &c. gegeben werden" abgeändert, indem nunmehr alle Minderjährige, ob mündig oder unmündig, ohne Ausnahme bis zu ihrer Volljährigkeit Vormünder und Vorsteher (Curatoren) nach dem Gesetze haben müssen, und es nicht mehr in ihrer Willkühr steht, ob sie solche sich erbitten und haben wollen. Alle übrigen Begriffs = Unterschiede zwischen Tutoren und Curatoren sind aber durch jenes Reichsgesetz nicht nur nicht direkt aufgehoben, sondern seine eigenen Worte „Vormünder und Vorsteher" und die Bezugnahme „auf die gemeinen und beschriebenen Rechte" in Tit. XXXII. § 1 erinnern vielmehr daran, daß jene römischen Gesetze hauptsächlich damit eingeschärft werden sollten.

Es entsteht nun vor Allem die Frage, ob das M. L. R. sich dieser gemeinrechtlichen Unterscheidung zwischen Vormündern und Curatoren anschließt, und inwiefern dieser Unterschied jetzt noch von praktischer Bedeutung ist. Nimmt man das Erstere an, so muß man vermöge der Subsidiarität des gemeinen Rechtes auch die erwähnten Folgerungen gelten lassen.

Richtig ist es allerdings, daß manche Partikularrechte den Unterschied zwischen Tutel und Curatel, resp. den Unterschied zwischen den Rechtsverhältnissen der unmündigen (impuberes) und mündigen Minderjährigen (puberes minores) vollkommen aufgehoben haben, z. B. der codex Maximil. I. 1 § 36 nr. 2, Bamb. L. R. S. 113 § 1. 2., Hohenl. L. R. P. II. T. II. § 3. Tit. III. § 8, Nördl. St. R. T. III. Tit. III. § 1. Thl. IV. Tit. IX., Fuld. R. nach Thomas Bd. II. § 354. S. 360, Würzb. R. Tit. II. § 5, Schweinf. St. R. Tit. III. § 1.

Allein gerade jene Statutarrechte, mit welchen das M. L. R. die nächste Verwandtschaft hat, haben jenen in seinen Folgerungen sehr wichtigen, und in der Praxis häufig ganz ignorirten Unterschied festgehalten, nämlich das Solmser Recht und die Frankf. Reformation [1]).

Das M. L. R. schließt sich in § 13 Tit. V. diesen Statutarrechten genau an, da es nur die Abwechslung der Person des Vormundes bei eingetretener Mannbarkeit des Pupillen aufhebt, weil es einen solchen Personenwechsel für schädlich erachtet. Dieses ergibt sich auch aus Tit. V. § 14 des M. L. R., wo ausdrücklich von dem Aufhören der Curatel derjenigen Personen gesprochen wird, welche veniam aetatis erlangen, da diese Rechte der Volljährigkeit nur jenen Personen verliehen werden

---

[1]) Solmser R. Tit. XXI. § 27. 29. sagt: „Das Amt der Vormünder währet vermöge der Rechte so lang, bis die Pflegkinder, nämlich die Knaben ihre 14, die Mägdlein aber ihre 12 Jahre vollkömmlich erreicht haben. Nach Ausgang solcher Zeit sollen sie den Namen der Curatoren oder Versorger haben (wiewohl in dieser Landesart der Name der Vormünder indifferenter und sonder Unterschied sowohl von Tutoren als Curatoren gemeiniglich gebraucht wird) &c."

Frankf. Reform. Thl. VII. Tit. VII. § 1: „Wann die Pflegkinder ihr mehreres und verständiges Alter, als die Knaben ihre 14, die Mägtlin aber 12 Jahre erreicht haben, alsdann endigt sich vermöge der Recht die tutela und Vormundschaft, und werden diejenigen, so ihnen zu Vormundern &c. gegeben und verordnet worden, fürohin nicht mehr tutores oder Vormunder sondern Curatores, das ist Versorger oder Vorsteher genannt &c."

sollen, welche bereits 20 Jahre alt, also mündig sein müssen, so daß sich auch hier das Wort „Curatel“ auf Mündige bezieht.

Offenbar sind diese Bestimmungen des M. L. R. (sowie auch jene des — von einer Hand verfaßten — Solmser und Frankf. Rechtes) aus der mustergültigen Mainzer Untergerichtsordnung von 1534 entnommen, wo es fol. XVIII. heißt: „Wie wohl nach Ordnung der Recht die Vormünderschaft zu 12 und 14 Jahren sich endigt, dieweil aber dennoch solch Jungen nit des Alters, daß sie ihren Gütern und Handlungen nützlich vorsein können, so mögen Curatoren und Pfleger auf des Minderjährigen Bitt verordnet werden.“

Dieses Gesetz bildet sogar durch seine Endworte genau den völligen Anschluß an das römische Recht [1]). Man kannte also genau den Unterschied zwischen unmündigen und mündigen Minderjährigen, zwischen Tutoren und Curatoren, die man auch durch deutsche Namen Vormünder (Tutoren) und Versorger (Curatoren) zu unterscheiden suchte, und die im römischen Rechte bestimmten Grenzen der Pubertät (Mannbarkeit) und Volljährigkeit, mit 14 und 12 Jahren für die erstere, und 25 Jahren für die letztere, waren auch hier angenommen. (M. L. R. VIII. § 1 und Tit. V. § 13.)

Eine Aufhebung des römischen Rechtes kann schon aus inneren Gründen um so weniger angenommen werden, als gerade zur Zeit der Abfassung dieser Statutarrechte das römische Recht das höchste Ansehen in Deutschland erlangt hatte, und daß daher da, wo eine Abänderung nicht ausdrücklich geschehen ist, eine solche auch nicht vermuthet werden darf.

Was ist nunmehr die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes zwischen Tutel und Curatel in Bezug auf die Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte der unmündigen und mündigen Minderjährigen nach M. L. R.?

Nachdem angenommen werden muß, daß das M. L. R. den erwähnten gemeinrechtlichen Unterschied nicht aufgehoben, sondern sogar direkt bestätigt hat, und nach dem Publikationspatent das gemeine Recht auch im Uebrigen als subsidiäres Recht erklärt ist, wird man auch einräumen müssen, daß die Rechtsverhältnisse der Minderjährigen und ihre Wechselbeziehungen zu ihren Vormündern bis zu erreichter Mündigkeit ganz nach den Bestimmungen der Tutel, und von da bis zu erreichter Volljährigkeit nach den Grundsätzen der Curatel zu beurtheilen sind, mit der alleinigen Ausnahme, daß es nicht von der Willkühr der Mündigen abhängt, ob sie einen Curator haben wollen oder nicht, weil dieses die Reichsgesetze und das M. L. R. abweichend von dem gemeinen Rechte ausdrücklich befohlen haben [2]).

---

[1]) Die Anordnung der Untergerichtsordnung von 1534, daß Curatoren und Pfleger auf des Minderjährigen Bitte verordnet werden sollen, konnte in das M. L. R. Tit. V. § 13 nicht mehr übertragen werden, weil dieses der R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 1 entgegen gewesen wäre, indem diese, wie oben bemerkt, auch für mündige Minderjährige einen Curator ausdrücklich vorschreibt.

[2]) Den Vormündern ist zur Verwaltung ihres Amtes eine Pflicht und eine Gewalt (officium et potestas) beigelegt, erstere ist in l. 7 § 1 l. 30, l. 33 § 1 l. 36 D. (26. 7) erwähnt, letztere in Ulpian. fragm. Tit. XI. § 25 und besteht in der Geschäftsführung (negotia gerunt) und in der Einlegung des Voll-

Anders ist es allerdings bei jenen Statuten, welche diesen Unterschied aufgehoben haben. (Bl. f. R. A. Bd. XIV. S. 97 ff).

Aus den (not.) angeführten gemeinrechtlichen Bestimmungen folgt für die Anwendung des M. L. R. als praktisches Ergebniß, daß der mündige Minderjährige, weil er keines Tutors, sondern nur eines Curators bedarf, derjenige ist, welcher das Rechtsgeschäft schließt, daß seine Mitwirkung zur Gültigkeit daher ebenso nothwendig ist, als die Zustimmung des Curators, daß mithin ohne das Zusammenwirken beider der Curand nicht verbindlich gemacht werden kann.

Was die persönlichen Verhältnisse der unter Curatel stehenden mündigen Minderjährigen betrifft, so ist es nach gemeinem Rechte unbezweifelt, daß sie Verträge, welche blos ihre Person betreffen, oder wodurch sie sich nur zu einer persönlichen Leistung verpflichten, ohne des Curators Einwilligung schließen, also z. B. ihre Dienste um Lohn vermiethen, einen Auftrag zu Besorgung fremder Geschäfte übernehmen, testiren und Ehen schließen können, Eheverlöbnisse jedoch nur unter den § 4 erwähnten Voraussetzungen [1]).

---

wortes (auctoritatem interponunt). Zu der Pflicht des Vormundes gehört: Schutz, Vertheidigung, Erziehung und Vertretung des Mündels vor Gericht, sie betrifft also theils die Person, theils das Vermögen des Mündels. Bei der Curatel finden sich Pflicht und Gewalt des Curators ebenfalls vereinigt, wie weit sie sich jedoch erstrecken, richtet sich im Allgemeinen nach der Art der bestimmten Curatel. (Glück, Comm. Bd. 30 S. 215. 221.)

Die Hülfe, welche der Vormund dem Pflegbefohlenen zur Abschließung eines Rechtsgeschäftes zu gewähren hat, besteht entweder in der vollständigen Stellvertretung oder in der blosen Verbeistandung des Mündels, so daß entweder des letzteren Person gar nicht in Betracht kommt, oder mitberücksichtigt werden muß. Im ersteren Falle würde daher der Vormund ganz selbstständig handeln, die Folgen seiner Handlung würden aber den Mündel treffen, in letzterem Falle würde der Mündel selbst handeln, der Vormund hingegen zur Gültigkeit des Geschäftes blos seinen Beistand und sein Vollwort (auctoritas) hinzufügen. Da im römischen Rechte der Vormund blos die der Handlung des Pupillen fehlende Willenskraft durch seine Einwilligung (auctoritas) zu ergänzen hatte, betrachtete man gerade dieses Vollwort als das unterscheidende Merkmal zwischen Tutel und Curatel, und Tutor ist hiernach jener Vormund, welcher die Geschäfte einer wehrlosen Person durch seine auctoritas bekräftigt, jeder andere Vormund aber, welcher nicht das Recht hat, Urheber (auctor) des Geschäftes zu werden, ist ein bloser Curator, Administrator, und sein Amt ist eine blose cura.

Die Einwilligung des Curators heißt im römischen Rechte consensus, und nur die des Tutors auctoritas. l. 2 C. (3. 6) l. 1 § 2 D. (26. 7) l. 26 C. (5. 37.) Die Auctoritas ist hiernach eine wahre Ermächtigung, der consensus eine blose Zustimmung. Der Consens ergänzt nicht wie jene einen der politischen Unselbstständigkeit wegen unkräftigen und unvollkommenen Willen, l. 5. 189 D. (50. 17) l. 25 D. (40. 2) l. 32 § 2 D. (41. 2) l. 9 D. (29. 2), sondern er ist ein bloser Rath, welchen der Curator da ertheilt, wo nach dem positiven Recht ein zwar rechtlich vollkommener, aber noch unerfahrener Mensch nicht unberathen handeln soll, oder er ist eine Erlaubniß, welche der Curator gibt, wo ihm, nicht dem Curanden allein das Recht der Administration zusteht, die Handlung des Curanden also aus diesem Grunde ohne Zustimmung des Administrators nicht gültig sein würde. l. 2 C. (3. 6) l. 3 C. (2. 21).

[1]) Das M. L. R. geht in den, dem mündigen Minderjährigen eingeräumten Befugnissen sogar so weit, daß es in Tit. XV. § 5 demselben eine selbstständige Erklärung über den Erbschaftsantritt gestattet, während gemeinrechtlich nach l. 18 C. (6 30) die Mitwirkung des Vormundes hiezu erforderlich ist.

§ 114.

Bestellung der Vormundschaft.

Zunächst ist zu erwähnen, daß die Frage, ob eine Vormundschaft anzuordnen sei, einer vorausgehenden Prüfung bedarf, ob eine gesetzliche Veranlassung dazu gegeben ist. Denn einerseits soll niemand einer Vormundschaft unterworfen werden, wenn es die Gesetze nicht gebieten, anderseits ist das Amt eines Vormundes eine Last, welche niemand ohne gesetzlichen Grund überbürdet werden darf, und endlich entstehen aus der Vormundschaft dem Staate als Obercuratel Haftungen, welche ebensowenig grundlos hervorzurufen sind.

Die Vormundschaft begründet sich nun: a) entweder auf ein Testament (tutela testamentaria); b) oder auf gesetzliche Vorschrift (tutela legitima); c) oder auf Anordnung der Obrigkeit tutela dativa); d) oder auf einen Vertrag.

§ 115.

a) Testamentarische Vormundschaft.

Bei der testamentarischen Tutel entscheidet schon der Umstand, daß die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. XXXII. § 1 von Vormündern spricht, die von den Eltern im Testamente ernannt sind, dafür, daß auch der Mutter wegen der elterlichen Gewalt (M. L. R. XXX. § 2) das Recht gebühre, einen Vormünder in ihrem Testamente zu ernennen, was nach römischem Rechte nicht gestattet war. Hieraus ergibt sich ferner, daß der römischrechtliche Satz, nach welchem der Vater in seinem Testamente der Mutter die Vormundschaft entziehen kann (Nov. 118 cap. 5), Modifikationen erleidet, theils weil die Mutter vermöge ihrer elterlichen Gewalt (Tit. XXX. § 2 des M. L. R.) nach deutschem Rechte zum Kinde in einem anderen Verhältnisse steht, als nach römischem Rechte (Bluntschli, d. P. R. Bd. II. § 170), theils weil nach der deutschen Obervormundschaft das Gericht in jedem Falle zu prüfen hat, wer zur Uebernahme der Vormundschaft geeignet ist, und auch der im Testamente ernannte Vormund der obrigkeitlichen Bestätigung bedarf. Das dem Vater in Tit. V. § 1 des M. L. R. eingeräumte Recht, die Mutter von der Vormundschaft auszuschließen, kann daher kein absolut wirkendes sein, sondern die Ausschließung der Mutter muß auf Gründen beruhen, welche der Obervormundschaft genügend erscheinen; jedenfalls müssen diese Gründe erhebliche sein, wenn sie den Vater oder das Gericht berechtigen sollen, die Mutter ihrer natürlichen Rechte der Fürsorge für ihre eigenen Kinder zu entheben. (Kraut, Vormundschaft Bd. I. S. 259 ff. § 25 nr. 45. 46) [1]).

---

[1]) „Daß die leibliche Mutter nach M. L. R. die Vormundschaft über ihre Kinder nicht im Namen und Auftrage des Staates zu führen hat, sondern kraft einer ihr zustehenden Familiengewalt, ist im Gesetze schon dadurch anerkannt, daß dasselbe zum Zwecke der Vormundschaftsbestellung für die Kinder eine gerichtliche Anzeige erst nach dem Tode beider Eltern vorgeschrieben hat. (Tit. V. § 2.) In zwei an das k. Appellationsgericht von Unterfranken am 8. März 1817 und 2. Mai 1839 ergangenen J. M. R. ist ferner ausgesprochen, daß nach M. L. R. nach dem Tode eines Ehegatten in der Regel erst dann, wenn der überlebende Gatte zur weiteren Ehe schreitet, eine curatelamtliche Thätigkeit der Gerichte einzutreten habe,

Es ist dann ein solcher vom Vater mit Ausschluß der Mutter ernannte Vormund nur als ein Nebenvormund zu betrachten, dessen Befugnisse sich nicht direkt auf die Vermögensverwaltung beziehen, weil die Mutter gesetzlich nach Tit. VII. § 2 des M. L. R. und unabhängig von dem Willen des verstorbenen Gatten, ohne Inventur und Caution bis zur etwaigen Wiederverehlichung (Tit. VI. § 1 u. 5 des M. L. R.) als Nutznießerin in Besitz und Verwaltung des Vermögens verbleibt, und dem Nebenvormund etwa nur analog nach Tit. VI. § 3 und Tit. IX. § 12 des M. L. R. eine Aufsicht übertragen werden könnte, und weil im entgegengesetzten Falle, durch Bestellung eines Vormundes für die Kinder, der Mutter selbst damit ein Vormund über das ihrer Verwaltung anheimgegebene Kindervermögen, somit ein Vormund über ihre eigenen Handlungen als bestellt angenommen werden müßte [1]).

Aus dem Zusammenhalte der angeführten Stellen des M. L. R. kann nicht verkannt werden, daß die Vormundschaft der Eltern und die Anordnung eines Vormundes in ihrem Testamente nichts Anderes als ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist, was auch gemeinrechtlich so angenommen wird, und namentlich nach M. L. R. um so sicherer erkannt werden muß, als gerade rücksichtlich der Eltern die charakteristischen Merkmale dafür fehlen, daß es sich hier um eine vom Staate aufgetragene Pflegschaft handelt, indem beide Eltern bis zur Wiederverehlichung nicht gehalten sind, ein Inventar zu errichten (M. L. R. Tit. VI. § 1 vergl. mit Tit. V. § 5), indem sie weder den Vormünder-Eid zu leisten, noch Caution und Rechnung zu stellen haben (M. L. R. Tit. V. § 10 Tit. VI. § 5 Tit. VII. § 9 vergl. mit Tit. V. § 5. 20. 11. 15), und indem ihre Verwaltung der amtlichen Controle bis zu verdächtiger übler Haushaltung entzogen ist. (M. L. R. Tit. VI. § 3.) Weil es übrigens Pflicht des Staates ist, dafür zu sorgen, daß kein Minderjähriger ohne Vormund resp. Curator sei, so kann auch durch ein Testament, sei es selbst durch das Testament der Eltern, die Bevormundung Minderjähriger nicht erlassen oder untersagt werden. (Mittermaier, d. P. R. Bd. II. § 418. — Rosenkranz, Handbuch über das Pflegschaftswesen § 27.)

§ 116.

b) Gesetzliche Vormundschaft.

Die gesetzliche Tutel beruht auf dem Grundsatze, daß der nächste Intestaterbe des Unmündigen auch zunächst zur Tutel über denselben

---

und erst dann solche Fälle in die Pflegschaftstabellen aufzunehmen sind". (Rosenkranz, Handbuch über Pflegschaftswesen S. 51 not. b.) Es folgt dieses aus der Abweichung des M. L. R. vom gemeinen Rechte in der Lehre von der väterlichen Gewalt, indem unser Statut nach Tit. XXX. § 2 nur eine der Mutter ebenso wie dem Vater gebührende elterliche Gewalt kennt, welche folgerichtig erst mit dem Tode beider Eltern erlöscht, und dann durch einen Vormund ersetzt werden muß.

[1]) Der Cod. Nap. bestimmt in art. 391 in dieser Beziehung, daß der Vater der überlebenden Mutter und Vormünderin einen besonderen Rathgeber beiordnen könne, ohne dessen Gutachten die Mutter keine auf die Vormundschaft sich beziehenden Akte vornehmen darf, weil man annahm, es könne, nachdem das Gesetz dem Vater und der Mutter auf gleiche Weise den Genuß des Vermögens ihrer minderjährigen Kinder verleihe, auch die Verwaltung keiner anderen Person überlassen werden, obwohl es möglich sei, daß die Mutter dazu unfähig wäre, und ihr deßhalb ein Beirath nöthig werde. (Maleville, Comment. Bd. I. S. 404.)

Nach Pr. L. R. sind Vater und Mutter in Bezug auf diese Frage einander gleichgestellt. (Thl. II. Tit. 18 § 174.)

berechtigt und verpflichtet ist, weil da, wo der Nutzen der Beerbung stattfindet, auch die Last der Vormundschaft sein muß. Inst. (1. 17.) Bei Ermanglung der Mutter oder Großmutter sind nach dem Gesetze die nächsten Verwandten als Vormünder bezeichnet, sofern sie dazu tauglich sind. (Tit. V. § 1 des M. L. R.) Die Bestellung eines Vormundes aus der Zahl der nächsten Verwandten, also auch die Wahl nach Gründen der Tauglichkeit, ist ebenfalls dem Gerichte überlassen. Es besteht ferner, sobald diese Wahl getroffen ist, für die Verwandten eine Pflicht, die Vormundschaft zu übernehmen [1]).

Die Großmutter erscheint daher nur deßhalb im Gesetze speciell genannt, weil ihre Zulassung zur Vormundschaft eine aus Zweckmäßigkeitsgründen gemachte Ausnahme von der Regel ist, daß Frauen nicht fähig sind, Vormundschaften zu übernehmen, nicht aber deßwegen, als ob sie unter Ausschluß des Großvaters unmittelbar nach der Mutter zur Vormundschaft hätte berufen werden sollen.

§ 117.

c) Vormundschaft auf Anordnung der Obrigkeit.

Sind weder durch Testament Vormünder ernannt, noch dazu taugliche Verwandte vorhanden, so ernennt das Gericht die Vormünder, und hat hiebei darauf zu sehen, daß es ehrbare, bemittelte, und nichtverschuldete Ortsangehörige seien, welche im concreten Falle, z. B. wegen eines

---

[1]) Will man die Mutter nach dem Statut als Vormünderin ihrer Kinder betrachten, so schließt sie als nächste Verwandte alle anderen Verwandten, selbst den väterlichen Großvater aus. Wenn aber das Gesetz (Tit V. § 1 u. 10) nur die Mutter oder Großmutter der Kinder als nächste berufene Verwandte bezeichnet, so scheint es, als ob die Großmutter dem Großvater hier vorgezogen wäre; offenbar ist indeß dabei der bereits erfolgte Tod des Großvaters vorausgesetzt. Es gründet sich nämlich diese Anordnung auf Nov. 118 cap. 5, worin das Recht der Mutter zur Vormundschaft auch auf die Großmutter ausgedehnt ist, und das Verhältniß dieser weiblichen Vormundschaften zu den übrigen dahin bestimmt ist, daß zwar die testamentarischen Vormünder der Mutter und Großmutter vorgehen, in Ermangelung testamentarischer Vormünder aber die Mutter und Großmutter allen Seitenverwandten in Ansehung der Tutel vorgezogen werden, d. h. unter allen weiblichen Cognaten stehe die gesetzliche Tutel nur der leiblichen Mutter und Großmutter zu; unter letzterer ist sowohl die väterliche als mütterliche Großmutter verstanden, unter welchen, wenn beide am Leben sind, das Gericht zn wählen hat.

Es liegt in dieser ausnahmsweisen Zulassung von Frauen zur Vormundschaft eine Abweichung von den übrigen Gesetzen, welche bestimmen, daß die Vormundschaft ein Geschäft für Männer (virile officium) und öffentliches Amt (munus publicum) sei, welches Frauen nicht begleiten können, allein es gründet sich diese Zulassung auf die Natur des Verhältnisses, daß die Großeltern vermöge der Bande der Natur außer den Eltern dem Kinde am nächsten stehen, und von ihnen mit größerer Zuversicht, als von Seitenverwandten eine sorgfältige und uneigennützige Pflege der Kinder erwartet werden darf. (Erk. des k. O. A. G. vom 10. Oktober 1836 Nr. 1573 55/56.)

Sowenig die Mutter den Vater von der Erziehung der Kinder ausschließen kann, ebensowenig vermag die Großmutter den noch lebenden Großvater von der Vormundschaft seiner Enkel zu verdrängen. Anders aufgefaßt würde das Gesetz eine nicht zu erklärende Abnormität um so mehr enthalten, als es bezüglich der Pupillarsubstitution dem Großvater weit ausgedehntere Befugnisse, als der Großmutter einräumt, indem letztere dieses Recht nur in Ansehung des von ihr herrührenden dem Pupillen hinterlassenen Vermögens hat (Tit. X. § 4 des M. L. R.), und indem auch gemeinrechtlich der Großvater als Repräsentant des Vaters der Kinder überall der Großmutter vorgeht.

zu dem zu verwaltenden Vermögen gehörigen Landgutes, Gewerbes ꝛc. auch die zur Geschäftsleitung erforderlichen persönlichen Eigenschaften besitzen. Diese Bestimmung des M. L. R. Tit. V. § 1 stützt sich ebenfalls auf die R. P. O. von 1577 Tit. XXXII. § 1.

Zur Erreichung dieses Zweckes gehen die Vorschläge für die Aufstellung der Vormünder, welche dann auch als Gutachten zu gelten haben, gewöhnlich von den Armenpflegschaftsräthen aus, weil diesen die Privatverhältnisse und persönlichen Fähigkeiten ihrer Ortsangehörigen natürlich besser bekannt sind, als den Gerichten. Aber auch den Verwandten, und rücksichtlich fremder Personen den Nachbarn, liegt es ob, von dem Todesfalle beider Eltern bei vorhandenen Kindern zum Zwecke der Vormundschaftsbestellung dem Gerichte Anzeige zu machen. (M. L. R. Tit. V. § 2.)

In der fränk. L. G. O. Tit. VIII. § 4 u. 10 ist für die Unterlassung dieser Pflicht sogar polizeiliche Strafe angedroht. Da die gerichtliche Bestätigung der Vormünder die Aufstellung untüchtiger und unredlicher Personen verhindern soll, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Obrigkeit, wenn die anzustellende Untersuchung die Untüchtigkeit der durch Testament, Gesetz oder Vorschlag bezeichneten Personen ergibt, diese Personen übergehen, und die Vormundschaft anderen übertragen muß, daß sie die Bestätigung aber nur aus einem triftigen Grunde versagen darf [1]). (Bayer. Pol. Strafges. art. 53.)

§ 118.

d) Vertragsmäßige Vormundschaft.

Weder das gemeine Recht noch das M. L. R. erwähnt die vertragsmäßige Vormundschaft. Im Allgemeinen wird man jedoch nicht bezweifeln können, daß auch ein Uebereinkommen, womit jemand den Eltern die Zusage gemacht hat, über deren hinterlassene Kinder die Vormundschaft übernehmen zu wollen, vermöge der aus jedem Vertrage fließenden verbindenden Kraft Gültigkeit hat, und daß ein solcher, durch Vertrag bestimmte Vormund gehalten ist, sich der Vormundschaft zu unterziehen, wenn nicht nachher ein Hinderniß hervorgetreten ist, welches bei dem gegebenen Versprechen noch nicht vorausgesehen werden konnte.

Zu unterscheiden ist bei der vertragsmäßigen Vormundschaft, ob sie auf Familienverträgen und Hausgesetzen, oder auf einem Uebereinkommen beruht, welches der Vater mit einer dritten Person wegen Uebernahme der Vormundschaft abschließt. Im ersteren Falle unterscheidet der Familienvertrag nach den Grundsätzen der Familienautonomie, von welchem der Vater nicht abgehen darf. Im andern Falle hat der vertragsmäßige Vormund die Pflicht, die Vormundschaft anzunehmen; allein Seitens des Vaters bleibt ein solcher Vertrag immer ein Vertrag über Rechte Dritterer, nämlich der Kinder, um deren Wohl es sich handelt, zu deren Wohl daher der Vater den Vertrag einseitig widerrufen, oder die Behörde ihn vernichten, und einen anderen Vormünder aufstellen kann [2]).

---

[1]) Solmser L. R. Thl. II. Tit. 21 § 4. — Frankf. Reform. Thl. VII. Tit. I. § 3—6.

[2]) Es folgt dieses aus dem Grundsatze, daß die Tutel neben ihrem privatrechtlichen Charakter auch dem öffentlichen Rechte (jus publicum) angehört, welches nicht durch Privatverträge, sondern nur auf die ausdrücklich bestimmte Weise, z. B.

§ 119.

Pflicht der Vormundschaftsbehörden.

1) Nach Tit V. § 3 des M. L. R. ist die Bestellung der Vormundschaft eine Officialsache der Gerichte, wobei sie auch unaufgefordert handeln müssen. Das zur Bestellung der Vormundschaft competente Gericht ist das Gericht des Wohnortes des zuletzt verstorbenen Elterntheiles, und zwar in seiner Eigenschaft als der ordentliche Gerichtsstand zur Zeit des Todes. Es ist dieses in Tit. V. § 2 des M. L. R. ausgedrückt, weil bei dem Ableben beider Eltern die Verwandten, welche am Orte des Sterbfalles wohnen, oder bei deren Ermangelung die nächsten Nachbarn den Todesfall dem Gerichte zur Bestellung des Vormundes anzuzeigen haben, und ebenso durch § 3 ibid., weil die Vormundschaftsbestellung den Gerichten jeden Ortes obliegt, an welchen die Eltern sich, sei es als Ortsbürger oder Beisassen, sei es als Fremde eine Zeit lang aufgehalten haben [1]).

---

durch Testament, abgeändert werden kann. Das privatrechtliche Moment eines Vertrages wegen einer zu übernehmenden Vormundschaft beruht daher nur in dem Umstande, daß sich der durch Vertrag gebundene Theil, der vertragsmäßige Vormund, seiner Pflicht nicht absolut entschlagen kann, ebensowenig aber ein absolutes Recht zur Vormundschaft erhält, weil dieses immer von der Bestätigung des Gerichtes abhängig ist.

Die vertragsmäßige Vormundschaft stützt sich nun allerdings nicht auf das römische Recht, noch auf deutsche Rechtsquellen, wohl ist sie aber aus einem gemeinen Gewohnheitsrechte nachweisbar (Kraut, über Vormundschaft Bd. I. S. 220. 271. — Gerber, d. P. R. § 244. — Philipps, d. P. R. § 156. — Renaud, d. P. R. § 221), und sowohl zweckmäßig, als unschädlich, da der Vertrag, wie bemerkt, wieder aufgelöst werden kann, und der Behörde immerhin das Bestätigungsrecht verbleibt, welche dann consequent aus Gründen auch die Bestätigung verweigern, und einen andern Vormund bestellen kann. (Cod. Maximil. I. c. 5 § 5 nr. 7.) Die vertragsmäßige Ernennung eines Vormundes schließt sich in dieser Weise dem ebenfalls im römischen Rechte nicht begründeten Erbvertrage an, und kann als ein Theil einer letztwilligen Disposition betrachtet werden, da auch in Erbverträgen nicht über das ganze Vermögen verfügt werden muß. Die Möglichkeit des Rücktritts Seitens des Bestellers ist damit nicht unverträglich, weil auch die vertragsmäßige Vormundschaftsbestellung eine Sache des Vertrauens ist, und daher unter der stillschweigenden Bedingung geschieht, daß die Gründe des Vertrauens fortbestehen. (Eine Art vertragsmäßiger Vormundschaft entsteht, wenn sich jemand freiwillig unter die Curatel eines Anderen begibt, vid. unten § 133 u. 139.)

[1]) Gemeinrechtlich will man dieses Verhältniß nur insoweit als Grundsatz gelten lassen, als es eine Folge davon ist, daß die Kinder einen und denselben Gerichtsstand mit dem Vater haben (Kraut, Bd. I. S. 87), allein mit Unrecht, da dem Gerichtsstande des Vaters (bei außerehlichen Kindern dem Gerichtsstande der Mutter) immer auch der Gerichtsstand der Kinder folgt, der Gerichtsstand der Eltern aber sich immer nach demjenigen Orte bestimmt, an welchem die Eltern ihren Wohnsitz in der Absicht eines bleibenden Aufenthaltes aufgeschlagen hatten, z. B. bei Anstellungen, selbst wenn sie nur auf Ruf oder Widerruf verliehen sind, weil unter bleibendem Aufenthalt, welchen das M. L. R. Tit. V. § 3. mit den Worten, „die sich allda nur eine Zeit lang aufgehalten haben", bezeichnet, kein nothwendig immer fortdauernder Aufenthalt zu verstehen ist. Die Ansässigkeit an einem anderen Orte hat auf diese Frage keinen Einfluß, weil das Domicil von ganz anderen Verhältnissen, nicht absolut von einer obrigkeitlichen Bewilligung, sondern in der Regel nur vom freien Willen abhängt. (O. A G. E. vom 8. August 1851 Nr. 740 50/51. — O. A. G. E. vom 5. Mai 1851 Nr. 1 50/51. — O. A. G. E. vom 12. Juni 1854 Nr. 48. — O. A. G. E. vom 30. Oktober 1862 und 1. November 1863.)

Damit kann aber nicht angenommen werden, daß das M. L. R. absolut jenem Gerichte, in dessen Bezirk die Eltern gestorben sind, die Führung der

Ist die Mutter zuletzt verstorben, so gilt zur Anordnung der Vormundschaft dasjenige Gericht als das zuständige, vor welchem die Mutter zur Zeit ihres Todes ihren ordentlichen Gerichtsstand hatte, weil zu Lebzeiten der Mutter eine eigentliche Vormundschaft noch nicht bestehen muß.

Für auswärtsgelegene Güter ist die Bestellung eines Curators zulässig, soferne der ordentliche Vormünder jene nicht verwalten kann. (M. L. R. Tit. V. § 8.) Ein Grund zur Verlegung der Vormundschaft an einen anderen Ort liegt aber in diesem Umstande nicht.

Die einmal begründete Competenz eines Gerichtes wird durch Domicilveränderung der Pupillen nicht aufgehoben, wenn nicht besondere Gründe der Zweckmäßigkeit dafür sprechen. (O. A. G. E. vom 27. Januar 1855 Nr. 55.) Dieses gilt auch für außerehliche Kinder im Falle der Domicilsveränderung ihrer Mutter. (O. A. G. E. vom 18. Juni 1859. — O. A. G. E. vom 11. Oktober 1852 Nr. 1187$^{51}/_{52}$.)

Solche besondere Gründe müssen jedoch z. B. da erkannt werden, wo die Kinder am neuen Domicil der Eltern resp. bei der Mutter wohnen, und ihr Vermögen in Aktiven und baarem Gelde besteht, die Einwirkung der Domicilsbehörde daher sowohl auf die Person, als das Vermögen der Pflegbefohlenen eine leichtere, und ihren Zweck mehr sichernde ist. (O. A. G. E. vom 21. März 1853 Nr. 246$^{52}/_{53}$. — O. A. G. E. vom 17. Juni 1854 Nr. 49. — O. A. G. E. vom 3. Juni 1854.) [1]).

Vormundschaft übertragen wissen wolle, sondern es unterscheidet ebensogut, als das gemeine Recht zwischen vorübergehendem und bleibendem Aufenthalt, indem es in § 2 von Leuten spricht, welche an einem Orte fremd waren, welche also z. B. auf der Reise gestorben sind, im Gegensatze zu § 3, wo von Leuten die Rede ist, welche sich eine Zeit lang aufgehalten haben, obgleich sie dort keine Verwandten besitzen, und in dieser Beziehung Fremde waren. Bei einer Durchreise kann wohl von einem bleibenden Aufenthaltsorte nicht gesprochen werden, und in diesem Falle kann dann dem Gerichte des Ortes der Durchreise ꝛc. nicht die Führung der Vormundschaft aufgetragen werden, sondern die jenem Gerichte nach Tit. V. § 2 des M. L. R. zu machende Anzeige kann nur den Zweck haben, daß jenes Gericht in die Lage versetzt wird, dem Gerichte des eigentlichen Domicils den Sterbfall mitzutheilen, und damit die Einleitung einer Pflegschaft zu vermitteln.

[1]) Ist der Fall gegeben, in welchem zufolge einer Domicilsveränderung der Pfleglinge die Vormundschaft an ein anderes Gericht übertragen wird, so endigt sich die Vormundschaft für die bisherige Vormundschaftsbehörde, welche die Akten dem neuen Domicilgerichte zu übergeben hat. Letzteres hat zu prüfen, ob nach den am neuen Wohnsitze des Pfleglings gültigen Gesetzen (wenn es sich z. B. um die vormundschaftliche Verwaltung eines Sondergutes minderjähriger Kinder bei Lebzeiten ihrer Eltern handelt), eine Vormundschaft zu bestehen hat, oder nicht. Findet sich das Gericht des neuen Wohnortes nach den hier geltenden Gesetzen zur Fortsetzung der Curatel nicht veranlaßt, so ist mit der Auflösung derselben am früheren Domicilgerichte die Vormundschaft überhaupt beendigt, weil die ursprüngliche Einleitung der Vormundschaft nur auf den singulären Vorschriften der am vorigen Wohnorte geltenden Gesetze beruhte, deren Wirksamkeit für den Pflegling erlöscht, sobald er vermöge der Domicilsveränderung ihrer Herrschaft entrückt wird. (Mittermaier, d. P. R. § 30 II. — Savigny, Syst. des r. R. VIII. S. 344. — Seufferts Arch. II. Nr. 2. VI. Nr. 307.) Es handelt sich bei dieser Frage nicht um ein Aufgeben erworbener Vermögensrechte, sondern nur um eine Veränderung des Aufsichtsrechtes und der Aufsichtspflicht des Staates, welche beide nach den Gesetzen des Wohnortes des Pfleglinges ausgeübt werden.

Aus der Frage, ob in Folge einer solchen Wohnortsveränderung die Vormundschaft aufzulösen oder fortzuführen ist, kann ein Competenz-Conflikt nicht entstehen, weil es sich dabei nicht um die Zuständigkeit der Gerichte handelt. Ein

2) Nach römischem Rechte war der Vormünder nur in wenigen Fällen seiner Geschäftsführung an die Zustimmung des Magistrats gebunden, nämlich bei gewissen Verfügungen über die Erziehung des Mündels, und bei Veräußerung der Güter desselben. (Thibaut, § 411—417.)

Außerdem lag dem Magistrate die Bestätigung und Einweisung des Vormundes, die Inventarisation des Vermögens des Pupillen, und die Sorge für die Kautionsleistung des Vormundes ob. Deßgleichen gehörte zur amtlichen Thätigkeit des Magistrates die Prüfung der Ablehnungsgründe eines Vormundes, und das Verfahren gegen einen abzusetzenden Vormund. Diese letzteren Bestimmungen waren daher fast nur formeller Natur, an welche sich auch das M. L. R. in Tit. V. größtentheils gehalten hat.

Die heutige Gesetzgebung beschränkt sich aber nicht darauf, dem Minderjährigen einen Vormund zu bestellen, und den Pupillen die Rechtsmittel zu gewähren, durch welche sie einen durch die Fahrlässigkeit oder Bosheit des Vormundes ihnen zugefügten Schaden wieder abwenden können, oder zum Schadensersatz zu gelangen vermögen, sondern sie stellt noch überdieß, um einer Beeinträchtigung des Mündels vorzubeugen, den Vormund unter die Aufsicht und Controle einer öffentlichen Behörde, und sucht diesen Zweck hauptsächlich damit zu erreichen, daß sie jener

---

Competenzstreit wäre nur dann gegeben, wenn die Frage, daß die Vormundschaft bei der Domicilsveränderung fortzubestehen habe, bejaht, aber unentschieden, und unter den beiden Gerichten streitig ist, ob die frühere Behörde die Vormundschaftsverwaltung fortzusetzen, oder ob das neue Domicilgericht diese Verwaltung zu übernehmen habe. Analog ist die Sache bei einer stattfindenden Auswanderung zu beurtheilen, da hiebei der Wohnort ebenfalls, aber außer Landes verlegt wird. Die Ertheilung der Auswanderungsbewilligung ist zwar Sache der Administrativ-Behörden, allein ihre Folgen wirken auf die Vormundschaft insoferne zurück, als das mit der Auswanderung verbundene Verlassen eines Staates, welchem man bisher angehörte, in der Absicht geschieht, demselben vollkommen fremd zu werden, und daß daher dieser Staat auch das Recht und die Pflicht verliert, auf die Vermögensverhältnisse einer ihm nicht mehr angehörigen Person ferner durch vormundschaftliche Verwaltung einzuwirken. (Weiske, Rechtslex. IV. S. 727. 729.)

Wandern Eltern aus, deren Kinder ein bisher vormundschaftlich verwaltetes Vermögen nicht besitzen, so ist dieses in keiner Weise zu bezweifeln, und die Kinder verlieren damit zuverlässig die ihnen nach Tit. VII. § 9 und Tit. IX. § 12 des M. L. R. gewährten Rechte, weil mit der Auswanderung der Eltern der Unterthanenverband auch für die in elterlicher Gewalt befindlichen Kinder gelöst wird, da deren Heimath und Domicil unbedingt der Heimath und dem Domicil der Eltern folgt. Besitzen dagegen solche Kinder ein vormundschaftlich verwaltetes Sondergut, so sind ihre aus dem Familienverbande entsprungenen, und bis zum Momente der Auswanderung erworbenen Rechte nach den Gesetzen des Ortes, wo die Eltern bei Begründung dieser Rechte ihren Wohnsitz hatten, auch für alle Zukunft zu beurtheilen, und es ist Pflicht der Vormundschaftsbehörde, diese Rechte zu wahren, so lange die Kinder minderjährig sind.

Die Praxis dehnt diese vormundschaftliche Pflicht auch auf solche ausgewanderten Kinder aus (Bl. f. R. A. x. S. 347 ff.), allein ohne gesetzlichen Grund, und blos aus Rücksichten der Räthlichkeit, da der Staat über fremde Staatsangehörige keine Vormundschaft üben kann.

Wandern dagegen elternlose Minderjährige aus, so ist nebst der Vermögensverwaltung auch die Fürsorge für die Person zu berücksichtigen, und von der Vormundschaft in letzterer Beziehung die Vorfrage ernstlich und umständlich zu prüfen, ob eine solche Auswanderung für den Curanden vortheilhaft erscheint. Die Administrativbehörde kann ohnedieß die Bewilligung zur Auswanderung solcher Pfleglinge nur dann ertheilen, wenn der darauf gestellte Antrag von der Curatelbehörde gutgeheißen wird, da dem Pflegling das Selbstbestimmungsrecht über eine so wichtige Angelegenheit abgeht.

Behörde die Genehmigung gewisser Handlungen des Vormundes in ausgedehnterem Maße als das römische Recht vorbehält, und von dem Vormünder Rechnungsstellung verlangt.

Diese Controle pflegt man Obervormundschaft des Staates zu nennen.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem römischen und deutschen Recht, wie er seit der R. P. O. von 1577 namentlich besteht, liegt überhaupt darin, daß das ordentliche Gericht der Pupillen a) für die Bestellung der Vormünder, b) für die Erfüllung ihrer Pflichten sorgen, c) gehörige Aufsicht halten, und d) nachlässige Vormünder entfernen muß.

Die Gerichte selbst haben dabei die Verbindlichkeit, von Amtswegen zu sorgen, sobald sie auf eine glaubwürdige Weise Kenntniß von einem Falle erhalten, welcher die obervormundschaftliche Thätigkeit fordert, und sie sind ebenfalls für die Erfüllung ihrer eigenen Schuldigkeit den Pupillen verantwortlich und haftbar.

3) Aus der Abhängigkeit des Vormundes von dem Gerichte muß auch seine Berechtigung gefolgert werden, bei diesem Belehrung zu suchen, auch da, wo er nicht dazu verpflichtet ist.

Ist ein Fall gegeben, in welchem der Vormund diesen Rath sich erholen muß, so ist die Behörde, wenn jener nach ihrem Beschlusse handelt, zunächst verantwortlich, weil derselbe alsdann durch sie gebunden ist; allein meistens gehört auch in diesen Fällen die erste Einleitung und Vorprüfung des Geschäftes zu den Pflichten des Vormundes, deren Ergebniß er der Obervormundschaft vorzulegen hat; versäumt er selbst hierin etwas, so wird er mithaftbar. (Kraut, Bd. II. S. 95—96.)

In den Fällen anderer Art, wenn nämlich der Vormund zur Einholung eines Rathes der Obervormundschaft nicht gehalten ist, kann er, wenn er nach dieser Belehrung handelt, die Verantwortlichkeit nicht von sich abwenden, und diese auf die Behörde wälzen, weil eine solche Belehrung einerseits kein Auftrag ist, anderseits es nicht in dem Wesen der Vormundschaft liegt, dem Vormund die Hauptverantwortlichkeit abzunehmen, und ihn zum blosen Diener und Vollstrecker der gerichtlichen Befehle zu machen, sondern nur durch Verstärkung der Controle dem Pflegling einen vermehrten Schutz zu sichern. Für einen ertheilten blosen Rath ist die Obervormundschaft nicht mehr verantwortlich, als jeder andere Rathende. (Archiv f. Civ. Prax. Bd. 16 S. 230 ff.)

4) Ebensowenig ist aber auch die Obervormundschaft berechtigt, etwas mit Umgehung des Vormünders zu verfügen, insoferne dieses nicht nach den Regeln der oberaufsehenden Gewalt, d. h. zur Abstellung einer Ungehörigkeit, oder dadurch gerechtfertigt werden kann, daß sie als höhere Instanz zur Entscheidung über eine angefochtene Verfügung angerufen ist. Könnte die Behörde das, was zu dem Amte des Vormundes gehört, selbst vornehmen, so würde die Führung der Vormundschaft und die Beaufsichtigung in einer Hand zusammentreffen, was den Zweck der letzteren vereiteln würde, und mit der Natur der Sache und den Vorschriften unvereinbar wäre, denn die der Obervormundschaft zustehende Beschlußfassung über eine Handlung, resp. die Genehmigung oder Verwerfung einer solchen, setzt nothwendig die Handlung eines Anderen, nämlich des Vormundes voraus. (Seufferts Archiv. Bd. II. Nr. 198.)

5) Seit der Annahme des römischen Rechtes ist es anerkannter Grundsatz, daß, wenn die Obervormundschaft aus Nachlässigkeit die ihr

obliegenden Pflichten nicht erfüllt, mit der actio subsidiaria adversus magistratus gegen sie vorgegangen und Entschädigung von ihr verlangt werden kann, was auch mehrere Partikularrechte besonders ausgesprochen haben, z. B. Preuß. L. R. II. 18 § 301—307. — Oesterr. Ges.-B. § 265. — vid. Sintenis Civ.-R. Bd. III. S. 289. — Glück, Comm. Bd. 32 S. 419.

6) In dem Wesen der Oberaufsicht, „damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und vernachtheiliget bleiben" (R. P. O. von 1577 Tit. XXXII. § 1), muß für die Obervormundschaft aber auch die Möglichkeit eines positiven Handelns liegen, weil sonst die Ansicht des Vormünders immer durchdringen, die Obervormundschaft immer seinem Willen nachgeben müßte, sohin die Obervormundschaft faktisch von dem Willen des Vormundes abhängig wäre, ja derselbe nicht einmal zu einer Thätigkeit angehalten werden könnte, wenn er aus Nachlässigkeit oder Bosheit das Interesse seines Pfleglings verabsäumt. Der Behörde muß daher gestattet sein, nicht nur den Willen des Mündels zu ergänzen, wenn dieser handeln will, und der Vormund seinen Consens verweigert, sondern auch dem Vormund eine Handlung, d. h. den Vollzug eines Geschäftes zu befehlen, oder im Verweigerungsfalle das Geschäft selbst vorzunehmen, wofür sie natürlich auch allein haftbar wird. (Kraut a. a. O. Bd. II. S. 95 ff.) Nur in diesem Sinne wird der Vormund ein Vollzugsorgan der Behörde (Preuß. Ldr. II. 18 Abschn. 5 § 231—237. 248. — Cod. Maxim. I. 7 § 17 nr. 5 und Anmerk.); allein diese muß dem Vormund auch innerhalb seiner Sphäre einen angemessenen Spielraum lassen, und ist berechtigt, seinen Vorlagen bis zu einem gewissen Grade zu vertrauen, soweit sie Thatsächliches betreffen.

7) Selbstverständlich ist es, daß die höhere Instanz Verfügungen der Untergerichte abzuändern berechtigt ist, und daß der Drittere, der mit dem Vormund contrahirt hat, sich dieses gefallen lassen muß. (Seuffert, P. R. III. § 504 not. 11. — Bl. f. R. A. Bd. XIX. S. 177 ff.)

8) Von den oben bereits bezeichneten besonderen Pflichten der Obervormundschaft ist hervorzuheben die Bestätigung der Vormünder. Die obrigkeitliche Bestätigung des Vormundes im deutschen Rechte unterscheidet sich von der römischen Confirmation (L. XXVI Tit. 3 Digest) dadurch, daß die letztere nur beim testamentarischen Tutor nothwendig wurde, wenn an der gehörigen Ernennung etwas fehlte, während nach der deutschen Obervormundschaft jeder Vormund, der testamentarische, der gesetzliche, der vertragsmäßige, erst dann Vormund sein kann, wenn er von der Obrigkeit bestätigt ist. In dieser Beziehung kann jetzt jede Tutel eine dativa genannt werden, allein in Bezug auf die Titel des Anfalles der Vormundschaft gibt es auch heute noch die erwähnten Unterschiede. Der römische Tutor braucht zu seiner Legitimation nur den Nachweis, daß er zum Vormund ernannt ist, während der deutsche Vormund sich nur durch die obrigkeitliche Bestätigungsurkunde, ein sog. Tutorium, legitimiren kann.

9) Außer der bereits angeführten Rangordnung, wie sie in Tit. V. § 1 des M. L. R. aufgeführt ist, wonach zunächst der vom Vater verordnete Vormund, und in Ermangelung einer solchen Verfügung die Mutter und Großmutter, in zweiter Reihe die nächsten Verwandten, und endlich fremde, ehrbare, bemittelte und unbescholtene Inwohner zur Vormundschaft berufen sind, hat das Gericht nach Tit. V. § 16 des M. L. R.

noch darauf zu sehen, daß Niemand mit zu vielen Vormundschaften belastet, und unter den bestbemittelten Einwohnern eine Reihenfolge eingehalten werde.

Bezüglich der Verwandten überläßt die Nov. 118 cap. 5 die Wahl und Benennung des Vormundes den vor den Richter zusammen zu berufenden Verwandten selbst. Sind daher mehrere gleich nahe Verwandte vorhanden, so erweist sich diese Vorschrift auch jetzt noch insofern als erheblich, als das Vormundschaftsgericht verpflichtet sein würde, diese Personen, soweit nicht besondere Bedenken entgegenstehen, über die anzuordnende Vormundschaft zu vernehmen, und sie zu befragen, ob sie nicht selbst zur Uebernahme bereit seien, und dann erst nach Erwägung aller Verhältnisse unter denselben die Wahl zu treffen, wobei jedoch das Loos nicht entscheiden darf, da es sich bei der Bestätigung um bestimmende Gründe, und nicht blos um einen Zufall handelt, überhaupt das Interesse des Pfleglings mit aller Gewissenhaftigkeit geprüft werden soll. (Seufferts Archiv Bd. IX. nr. 176.)

Ferner sollen Gerichtsbeamte nach Tit. V. § 7 des M. L. R. insolange mit Vormundschaften verschont werden, als sich noch andere taugliche Personen vorfinden, oder der Beamte nicht ein naher Verwandter des Pfleglings ist. Diese bedürfen jedoch noch überdieß zur Uebernahme einer Vormundschaft der Bewilligung ihrer vorgesetzten Stelle aus allgemeinen Rücksichten des Dienstes. (k. Verordn. vom 30. September 1819, Regsbl. S. 937—939.)

10) Werden mehrere Vormünder wegen Umfang des Geschäftes für zweckdienlich erachtet, so soll nach Tit. V. § 8 des L. R. nur einer derselben die Rechnung und Güterverwaltung führen, die anderen sollen die Aufsicht halten. Bei auswärts gelegenen Gütern kann zu deren Administrirung an Ort und Stelle ein Curator aufgestellt werden, welcher übrigens, da nur ein Vormund die Rechnung und Verwaltuug führen soll, Instruktionen und Aufträge von dem Hauptvormund zu empfangen und zu befolgen hat [1]).

§ 120.

Fähigkeit zur Uebernahme der Vormundschaft.

Bezüglich der Fähigkeit zur Uebernahme der Vormundschaft gilt im Allgemeinen der Grundsatz, daß diejenigen (auch großjährigen Personen), welche selbst unter Vormundschaft stehen, oder ihre eigenen Geschäfte nicht verwalten können, auch unfähig zur Führung einer Vormundschaft sind. Daher sind von Uebernahme der Vormundschaft ausgeschlossen:

---

[1]) Dem Pflegschaftswesen ist in Bayern von Seite der k. Staatsregierung die umfassendste Obsorge gewidmet, namentlich sind für die Beaufsichtigung der Unterbehörden manchfache Anordnungen getroffen, deren Darstellung außer der hier gestellten Aufgabe liegt. Wir verweisen daher auf das Werk des k. Justizministerialassessors Dr. Wilh. Rosenkranz „Handbuch über das Pflegschaftswesen", Beilage zum VII. Bande der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege, Erlangen 1860, und auf die inzwischen erlassene Geschäfts- und Registratur-Ordnung für die Stadt- und Landgerichte vom 20. September 1863 (Justizministerialblatt 1863 S. 119), dann auf die Verordnungen vom 28. Juli, 16. November 1864 (Justizministerialblatt 1864 S. 182, 185, 196, 199, 258).

1) Wahnsinnige und Verstandeslose. Das römische Recht gestattet, wenn eine solche Person zum Vormund bestellt worden ist, und sich Wiedergenesung hoffen läßt, die Bestellung eines Interims-Curators. (l. 10 § 8, l. 12 D [27. 1], l. 11 D. [26. 1] § 2 J. [1. 14].)

Allein mit der umfassenden Pflicht der Fürsorge der Obervormundschaft für das Wohl des Pupillen dürfte es wohl kaum verträglich gefunden werden, einen Geisteskranken als Vormund zu bestätigen, oder zu ernennen, und einstweilen einen Interimscurator aufzustellen, um so mehr, als das M. L. R. Tit. V § 13 den Uebergang der Obsorge für den Mündel von einer Hand in die andere möglichst zu beseitigen sucht, und daher anordnet, daß die Vormünder nach erreichter Mündigkeit ihrer Pfleglinge auch die Curatel fortführen sollen.

2) Verschwender und Verschuldete, weil in ihren Händen dem Vermögen der Mündel Gefahr droht, und erstere selbst unter Curatel gestellt werden sollen.

3) Blinde, Taube und Stumme, weil sie zu ihren eigenen Angelegenheiten fremder Hülfe bedürfen (§ 4 J. [1. 23] l. 8 D. [26. 5]), und weil nach römischem Recht ein Vormünder, welcher nicht reden und hören kann, auch für unfähig erachtet wurde, sein Vollwort (auctoritas) zu interponiren. (l. 1 § 2, 3 D. [26. 1].)

4) Personen, welche wegen Krankheit und körperlicher Schwäche ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen können. Aus anderen persönlichen Rücksichten sind von der Fähigkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft ausgeschlossen.

5) Frauen, weil gemeinrechtlich die Vormundschaft als ein öffentliches Amt betrachtet wird, und Frauen das Staatsbürgerrecht nicht genießen. Ausgenommen sind davon nur die Mutter und Großmutter.

6) Personen, welche der Minderjährigen Schuldner sind, oder Sachen derselben zum Pfande haben, können nach Nov. 72 cap. 1 deren Vormünder nicht sein. Tritt ein solches Verhältniß während der Vormundschaft erst ein, so soll nach cap. 2 ibid. ein Nebenvormünder zur Ueberwachung aufgestellt werden, wovon das M. L. R. in Tit. V. § 12 einen analogen Fall enthält. Verheimlicht die zum Vormunde bezeichnete Person ein solches Schuldverhältniß, so soll sie nach cap. 4 ibid. jedes Klagrechtes gegen den Mündel verlustig sein.

7) Steht die zum Vormund bezeichnete Person in einem feindschaftlichen Verhältniß mit dem Mündel oder dessen Eltern, so ist sie nach l. 3 § 12 D (26. 10) zur Führung der Vormundschaft unfähig, und muß von ihrem bereits übernommenen Amte entfernt werden, wenn die Feindschaft erst nach Uebernahme der Vormundschaft entstanden ist.

§ 121.

Ablehnung der Vormundschaft.

Durch das römische Recht ist der Grundsatz, daß jeder, welcher zur Vormundschaft berufen wird, dieselbe übernehmen muß, wenn er nicht überhaupt unfähig dazu ist, oder gesetzliche Entschuldigungsgründe geltend machen kann, mit wenigen Ausnahmen geltend geworden. Das M. L. R. Tit. V. § 15 Abs. III. gestattet den Gerichten, solche Widerspenstige mit

Geldstrafen zur Uebernahme der Vormundschaft zu zwingen, erachtet daher die Annahme der Vormundschaft als eine Bürgerpflicht. (A. G. E. vom 26. Juli 1850, Nr. 724.)

Als Entschuldigungsgründe werden daher auch nur die im römischen Rechte enthaltenen anerkannt, wovon jedoch einige ihrer Natur nach nicht mehr vorkommen können, während andere durch Partikulargesetze aufgehoben, oder hinzugefügt worden sind.

Das römische Recht unterscheidet zunächst nothwendige und freiwillige Ablehnungsgründe, d. h. solche, welche auch ohne Geltendmachung die Annahme der Vormundschaft hindern, und solche, welche von der betreffenden Person dem Gerichte vorgetragen werden müssen. Zu den ersteren gehören als absolut hindernd: mangelnde Rechtsfähigkeit eigene Schutzbedürftigkeit und moralische Mängel, dann als relativ hindernd: Feindschaft oder Prozesse zwischen dem Vormund und der Familie des Pfleglings § 11 J. (1. 25), Verpflichtungen und Verbindlichkeiten zwischen dem Vormund und Pflegling Nov. 72. pr. cap. 1, Verbot der Eltern bezüglich der Bestellung einer bestimmten Person als Vormund, Ehe und Verlöbniß mit dem Pflegling § 19 J. (1. 25.)

Zu den freiwilligen Ablehnungsgründen zählen:

1) zu große Beschwerlichkeit der Vormundschaft wegen hohen Alters (70 Jahre) (l. 10 C. [10. 32] l. 3 C. [10. 50]), jedoch nur bei noch nicht übernommenen Pflegschaften (Fragm. Vaticana § 238 »Hi vero, quos valetudo vel furor vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas, quas ante susceperant, deponunt: alia causa aetatis est.«

2) Armuth, welche den Betreffenden zwingt, seine Thätigkeit seinem eigenen Lebensunterhalt zu widmen (M. L. R. Tit. V. § 1.)

3) Anhäufung mehrerer Vormundschaften in einer Hand (drei Vormundschaften befreien von der Annahme der vierten, (l. u. C. [5. 69]. — M. A. R. Tit. V. § 16.)

4) Oeffentliches Amt (M. L. R. Tit. V. § 7). Das M. L. R. versteht unter dem Ausdrucke „Gerichtsleute" alle im öffentlichen Dienste stehenden Personen. (A. G. E. vom 26. Juli 1850, Nr. 724.)

5) Aerztlicher Beruf (l. 18 § 30 D. [50. 4]).

6) Eigener starker Familienstand von wenigstens fünf lebenden unversorgten Kindern. Wittwenstand mit Kindern ist einer Vormundschaft nach Tit. V. § 16 des M. L. R. nicht gleich zu achten. (Glück, Com. Bd. 31 S. 323. — Cod. Nap. art. 436. 437. — Seufferts Archiv Bd. IX. nr. 175.)

In manchen Partikularrechten ist übrigens der Grundsatz aufgenommen, daß bei Beurtheilung der Entschuldigungsgründe nicht so sehr auf die römischen Bestimmungen, als auf die Beschaffenheit der Umstände Rücksicht zu nehmen sei, z. B. in der Nürnberger Reform. 39. 5. — Cod. Maximil. I. 7 § 21. — Solmser R. XXI § 10. Die Ablehnung muß bei jener Obrigkeit angebracht werden, welcher auch die Bestätigung der Vormundschaft obliegt. Strenge Fristen bestehen für die Geltendmachung nicht, sondern es findet ein unbestimmt summarisches Verfahren darüber statt. (M. L. R. Tit. V. § 15 Abs. 3.)

§ 122.

Entsetzung der Vormünder.

Die Entsetzung des Vormundes wegen Betrugs und sogar wegen grober Fahrlässigkeit brachte demselben den Makel der Infamie nach römischem Rechte, und es wird auch heutzutage die Entlassung eines Vormünders für nichts weniger als ehrenvoll betrachtet. (Marezoll, über die bürgerliche Ehre S. 341—374.) Der richterlichen Entsetzung müssen daher nach Tit. V. § 11 des M. L. R. erhebliche Gründe unterstellt sein.

Selbst bei Nahrungsverfall (l. 8 D. [26. 10]) oder sonstiger Verdächtigkeit des Vormundes, oder wenn wegen seiner schlechten Verwaltung Klage geführt wird, hat der Richter zunächst nur einen Beivormund zur Aufsicht aufzustellen, und darf den Vormund erst bei entdeckter bedeutender Nachlässigkeit („notablen bösen Haushaltung") oder Untreue absetzen. (M. L. R. Tit. V. § 12.) Ebenso bei ruchlosem verschwenderischem Leben, Saumsal in der Rechnungsstellung nach dreimaliger Mahnung, Fahrlässigkeit in Eintreibung der Aktivausstände, Einheimsung und Verwahrung der Früchte, überhaupt bei Verwahrlosung von Haus und Gütern des Pupillen. (M. L. R. Tit. V. § 15.)

Die Absetzung hat durch gerichtliches Erkenntniß zu geschehen, und es ergibt sich daraus, daß eine blose Veränderung in den Gründen, aus welchen der Vormund bestellt und bestätigt wurde (wenn sich z. B. später ein näherer inzwischen volljährig gewordener Verwandter vorfindet, oder um die Vormundschaft bewirbt), eine Enthebung des früheren Vormundes nicht rechtfertigt, daß mithin den Verwandten nach einmal erfolgter Bestellung des Vormundes kein Einfluß mehr in dieser Beziehung gestattet ist, obgleich diesen das Recht und die Pflicht verbleibt, entdeckte Nachlässigkeit, Betrug ꝛc. ꝛc. des Vormundes zur Anzeige und Untersuchung zu bringen (l. 3 pr. § 3 D. [26. 10]).

Der Obervormundschaft selbst wird die ihr obliegende gründliche und gewissenhafte Prüfung der jährlichen Rechnungen den Anlaß bieten können, sich von der Tauglichkeit und Redlichkeit des Vormundes ein Bild zu machen, und nach Befund gegen denselben mit Belehrung, Strafe oder Entsetzung kraft ihres Amtes einzuschreiten. Verdächtig ist, wer die Vormundschaft unredlich führet, oder dessen Charakter Verdacht erregt, selbst wenn er noch zahlungsfähig ist, und es soll dann einem solchen Vormund nach Tit. V. § 12 des M. L. R. ein Beivormund gegeben werden, diejenigen aber, welche die Vormundschaft betrüglich führen, müssen davon entfernt werden, selbst wenn sie Bürgen anbieten. (§ 5. 12 J. [1. 26] l. 8 D. [26. 10].) Daß gemeinrechtlich ein Vormund auch wegen seiner Laßheit, Unbeholfenheit, Unthätigkeit, Einfalt und Dummheit entfernt werden kann, geht aus l. 3 § 18 D. (26. 10) hervor, jedoch muß in diesem Falle vorerst nach Tit. V. § 12 des M. L. R. verfahren werden. Grobe Nachlässigkeit wird aber dem Betruge gleich geachtet. (l. 7 § 1 D. [26. 10].)

Bei der Untersuchung der Gründe, welche einen Vormund verdächtig oder zur Absetzung reif machen, muß stets das Interesse der Pfleglinge vorzüglich mit in Berücksichtigung gezogen werden, wie es denn, im Falle die vorliegenden Gründe nicht stark und wichtig genug sind, um daraus

für die Vormundschaft üble Folgen zu besorgen, zuweilen, namentlich bei naher Verwandtschaft zwischen Vormund und Mündel entsprechender ist, statt der Entsetzung dem Vormund einen Nebenvormund zu geben, der auf dessen Verwaltung Aufsicht halte, damit die Fehler verbessert, und die Verwaltung wieder in guten Stand gesetzt werde, wie dieses auch das gemeine Recht anräth. (l. 9 D. [26. 10].)

Da die Gründe für die Entsetzung des Vormundes nicht blos angeführt, sondern bewiesen werden müssen, folglich eine obrigkeitliche Untersuchung dieser Gründe nothwendig ist, so verordnet das gemeine Recht, daß der beschuldigte Vormund bis zur Austragung der Sache von der Verwaltung sich enthalte, und inzwischen ein anderer Vormund aufgestellt werde, damit nicht in der Zwischenzeit die Güter der Pfleglinge Schaden leiden. (§ 7 J. [1. 26] l. 7 C. [5. 43].) Das M. L. R. verordnet dagegen im gegebenenen Falle nur die Beigebung eines Nebenvormundes. (Tit. V. § 12.) Selbstverständlich ist der Vormund über die gegen ihn vorgebrachten Anschuldigungen zu hören.

Unfolgsamkeit oder Ordnungswidrigkeiten der Vormünder werden nach Tit. V. § 15 Abs. 3 des M. L. R. mit Geldstrafen geahndet, Mißbrauch der Mündel zur Unsittlichkeit, oder wissentliche Handlungen der Vormünder zum Nachtheile der Pflegbefohlenen unterliegen den Strafen des Strafgesetzbuches art. 212, 216, 331, 28 nr. 5 und verwirken mit der Strafe die Fähigkeit zur Vormundschaft und Curatel.

§ 123.

Pflichten des Vormundes.

Die hauptsächlichsten Pflichten des Vormundes sind in dem Eide zusammengefaßt, welchen derselbe bei Antritt seines Amtes gemäß Tit. V. § 5 des M. L. R. zu leisten hat, und dessen Formel, fast wörtlich der R. P. O. von 1577 Tit. XXXII. § 3 entnommen, nach § 20 Abs. 2 des M. L. R. Folgendes enthält:

1) Getreuliche und ehrbare Pflege der Personen und Güter des Mündels,

2) Uneigennützigkeit in Verwaltung und Verwendung des Vermögens,

3) Gewissenhafte Errichtung und Evidenthaltung des Inventars,

4) Beschirmung und Vertretung innerhalb des Rechtes,

5) Abwendung von jedem Schaden, und Unterlassung eigener schädlicher Handlungen,

6) Einholung gerichtlicher Erkenntnisse zu jeder Veräußerung, Verpfändung oder Belastung der Liegenschaften, Zinsen und Renten,

7) Jährliche Rechnungsstellung, oder so oft es sonst nothwendig wird,

8) Ertheilung von Aufschlüssen über die Geschäftsführung,

9) Rechtzeitige Auslieferung des im Namen oder für den Pflegling Bezogenen.

Mit den Schlußworten: „und Alles Andere thun und lassen wollet, was einem getreuen Vormund eignet und gebühret“, ist auf das gemeine Recht noch besonders verwiesen.

§ 124.

a) Der Vormünder Eid.

Vor dem Antritt seines Amtes hat nach Tit. V. § 5 des M. L. R. jeder Vormünder den vorgeschriebenen Eid zu leisten, ausgenommen sind allein nach § 10 die Mutter und Großmutter, wenn sie ihrer Kinder resp. Enkel Vormundschaft übernehmen. Die Praxis begnügt sich indeß meistens mit einer handtreulichen Angelobung.

§ 125.

b) Vom Inventar.

Die gerichtliche Inventur ist nach Tit. V. § 4. u. 5 vorgeschrieben, und es hängt diese Anordnung mit den Bestimmungen über die Behandlung der Verlassenschaften zusammen, da jedesmal nach dem Tode beider Eltern, sobald minderjährige Kinder vorhanden sind, eine Feststellung und Auseinandersetzung des Vermögens stattzufinden hat, welche nur auf Grund einer Nachlaßbeschreibung durch Inventar möglich ist.

Von dem Inventar ist dem Vormund eine Abschrift zu behändigen, und die Verwaltung der darin beschriebenen Vermögensmasse zu überweisen. Die Inventare sind jetzt nach der allgemeinen Vorschrift des Notariatsgesetzes vom 10. November 1861 § 19 durch die Notare zu errichten, und die Urschriften von diesen aufzubewahren, zu den Vormundschaftsakten ist aber eine Abschrift zu nehmen. In dieses Inventar sind alle Passiv- und Activausstände zu verzeichnen, also auch etwaige Forderungen des Vormundes, welche derselbe bei Strafe des Verlustes nicht verschweigen darf. (l. 7 p. D. [26. 7], l. u. § 1 C. [5. 51].)

Das Inventar ist deßwegen von so großer Bedeutung, weil es die Grundlage der ganzen vormundschaftlichen Verwaltung bildet. Es beweist gegen den Vormund vollständig, daß er das, was darin verzeichnet ist, erhalten habe. Abweichend von dem römischen Rechte (l. u. § 1 C. [5. 51]) kann das Inventar weder vom Gericht, noch von den testirenden Eltern nach M. L. R. Tit. V. § 5 erlassen werden.

Vor der Inventarerrichtung darf sich der Vormund nach Tit. V. § 11 des M. L. R. in die Vermögensverwaltung nicht einmischen, weil sonst die Grundlage derselben nicht mehr vollkommen sicher erscheinen würde.

Diese Pflicht der Inventarerrichtung resp. die Pflicht der Ergänzung des Inventares trifft auch den nachfolgenden Vormund bezüglich der bei der Vormundschaftsübernahme wahrgenommenen Veränderungen des ursprünglichen Inventares. Die Ergänzung vollzieht aber der Vormund selbst.

Die nach Tit VI. § 1 im Falle der Wiederverehlichung dem überlebenden Gatten gestattete Hinterlegung einer verschlossenen eidlichen Specifikation kann wegen Verschiedenheit der ratio legis nicht hierher bezogen werden, indem Kenntniß der Vermögensbestandtheile Bedingung jeder obervormundschaftlichen Aufsicht und jeder Rechnungsprüfung ist. (Bl. f. R. A. Bd. XII. S. 137.)

Ein Eintrag von Passiven in ein solches vormundschaftliches Inventar begründet indeß für den Gläubiger keinen Beweis der Forderung, selbst wenn das Inventar die obervormundschaftliche Bestätigung erhalten

hat, denn diese zur Erfüllung eines formellen Erfordernisses geschehene Bestätigung enthält blos eine Handlung der Obervormundschaft, aber nicht ein Anerkenntniß des Mündels.

§ 126.

c) Erziehung der Kinder.

Da der Vormund im Allgemeinen die Stelle der Eltern zu vertreten hat, so muß ihm auch unter Aufsicht der Obervormundschaft ein Einfluß auf die Erziehung der Mündel gestattet sein, wobei jedoch auf die Willensmeinung der verstorbenen Eltern Rücksicht zu nehmen ist. Die Erziehung und Bildung des Mündels soll überdieß eine seinen Verhältnissen und Anlagen entsprechende sein. (l. 12 § 3 D. [26. 7].) Als eine *wesentliche* Pflicht des Vormundes wird übrigens sein Beirath zur Erziehung seines Mündels nicht betrachtet, die Gesetze scheinen sogar die Ueberlassung der Erziehung an den Vormünder für bedenklich zu halten, indem er als gewöhnlich nächster Erbe zwar wohl ein Interesse an der Erhaltung des Vermögens des Pupillen, aber ebensowohl ein Interesse an dessen Tod hat.

Vor Allem sollen die Kinder bei der Mutter aufgezogen werden, selbst wenn sie nicht deren Vormünderin ist. (l. 1 C. [5. 49] Nov. 22 c. 38, Nov. 118 c. 5.)

Wesentliche Pflicht des Vormünders ist indeß die Aufsicht über den Erzieher, und die Sorge, daß der Mündel erzogen werde. (Frankf. Reform. Thl. VII. Tit. IV. § 3. — Kurpfälzische L. O. von 1590 Tit. III. § 15. — Katzenellenbogener L. R. Thl. II. Tit. 8 § 6. — Fränk. L. G. O. III. 13. — Preuß. L. R. II. 18 § 308.)

Nebst der Einwirkung auf die Erziehung des Mündels hat der Vormund auch zu Eheverlöbnissen desselben sein Vollwort zu geben, und dadurch dessen Einwilligung zu ergänzen. Diese Zustimmung zur Heirath des Mündels kann von der Obervormundschaft ergänzt werden (§ 4), denn es kommt bei der vom Vormund einzuholenden Genehmigung nicht darauf an, ob die Ehe wünschenswerth oder nothwendig erscheine, sondern ob Gründe vorliegen, die nachgesuchte Genehmigung zu verweigern.

§ 127.

d) Vermögensverwaltung.

Die Verwaltung des Vermögens der Pupillen ist nach Tit. V. § 4 des M. L. R. den Vormündern unter Aufsicht der Obervormundschaft anheimgegeben. Ueberschüsse an Geld haben sie bei Gericht zu hinterlegen, und für deren sichere, unverzügliche und nutzbringende Anlegung ist sowohl von dem Gerichte, als von dem Vormünder Sorge zu tragen. (Tit. V. § 17.) Was das L. R. über die Art und Weise der gerichtlichen Hinterlegung bestimmt, ist für Bayern durch die Verordnungen über Depositenwesen (vom 28. Mai 1862 Reg.-Bl. S. 1077) veraltet.

Von besonderer Wichtigkeit in Bezug auf die Vermögensverwaltung der Vormünder sind folgende Punkte:

1) Veräußerung von Vermögensbestandtheilen.

Ueber die Form der Veräußerungen von Grundstücken oder Geldaufnahme zur Zahlung von Schulden enthält das M. L. R. besondere Vorschriften in Tit. XVIII. § 7, welche indeß meistens als antiquirt zu betrachten sind. Als noch gültig ist von jenen Bestimmungen Folgendes zu erwähnen: Der Verkauf der liegenden Güter Minderjähriger muß gerichtlich, d. h. durch öffentlichen Aufstrich (durch einen Notar) geschehen [1]) (Tit. XVIII. § 1—4), und die Einrede der Verletzung über die Hälfte findet dann nicht statt, während ein nicht gerichtlich geschehener Verkauf nichtig ist (§ 4. 7 ib.), und auch durch Vervortheilung über die Hälfte aufgehoben werden kann. (M. L. R. Tit. XXIII. § 1.) Hiezu ist zu bemerken, daß in Bayern durch Gesetz vom 10. November 1861 bei entgeltlichen Verträgen, Theilungen ausgenommen, aus dem Mißverhältniß, welches zwischen dem Werthe der Leistung und dem der Gegenleistung stattfindet, für sich allein weder ein Anfechtungsgrund noch sonstige Ansprüche abgeleitet werden können, und die hiemit im Widerspruche stehenden gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben sind.

Untergang der Sache hindert bei solchen ungültig vorgenommenen Veräußerungen den Ersatz des wahren Werthes nicht (Tit. XXIII. § 3), jedoch sind an dem Zurückgehaltenen die Verbesserungen zu ersetzen (§ 5 ib.). Alle Privatverkäufe von Liegenschaften sind indeß schon im Allgemeinen bei Gericht anzuzeigen. (Tit. XXIV. § 7.)

Den Minderjährigen ist zur Anfechtung der ohne richterliches Dekret geschehenen Verkäufe ihres Vermögens eine Frist nicht gesetzt, und es läßt der § 7 Tit. XXIII. des M. L. R., wodurch den Frauen zur Anfechtung der Veräußerung ihres Heirathsgutes und Zubringens eine Frist von 10 Jahren gestattet ist, sich auch analog nicht hierher beziehen; es muß folglich auf das gemeine Recht zurückgegangen werden, welches in l. 1. u. 2 C. (2. 46) verordnet, daß großjährig Gewordene erst nach Genehmigung der während ihrer Minderjährigkeit vorgenommenen Handlungen die Wiederaufhebung derselben nicht mehr fordern können.

---

[1]) Eine andere Ansicht wurde vertreten in einem Schreiben des k. Stadtgerichtes Aschaffenburg vom 25. Oktober 1850 und darin hervorgehoben, daß nach der Sprachweise des M. L. R. an anderen Orten es die zur Zeit der Publikation dieses Gesetzes bestehenden Ortsgerichte waren, durch welche das Gesetz Tit. XVIII. § 1 den Verkauf der Güter Minderjähriger vorgenommen wissen wollte, indem nach der Mainzer Untergerichtsordnung Tit. I. (Seite 81 des M. L. R.) die Schultheißen resp. Ortsgerichte es waren, welche diese Befugniß hatten. Da nun jene Ortsgerichte nicht mehr bestehen, so müßten entweder die Gemeindebehörden in deren Befugnisse eingetreten sein, und dann wäre der durch sie bethätigte Verkauf dem Gesetze entsprechend vollzogen, oder jene Befugnisse der Ortsgerichte sind nicht an andere Behörden durch ein Gesetz übertragen worden, dann ist auch die Verletzung eines Gesetzes nicht denkbar, wenn die Versteigerung durch eine Gemeindebehörde erfolgt ist. Die Curatelbehörde hätte daher nur zu prüfen, welche Art von Verkauf für den Pflegling die vortheilhafteste ist, und diese zu wählen, um somehr als die Gemeindebehörden auch in ihrer heutigen Gestalt dieselbe Garantie bieten, es werde eine Versteigerung von ihnen gehörig vollzogen werden. Die Praxis hat jedoch diese Ansicht nicht angenommen, da die Ortsgerichte nach Tit. I. § 3 der angezogenen Untergerichtsordnung, als *wirkliche Gerichte* zur Entscheidung kleiner Rechtssachen eingesetzt waren, und diese Befugniß nicht an die Gemeindebehörden, sondern an die jetzt bestehenden Gerichte übergegangen ist, gleich wie auch Exekutionsversteigerungen nach dem Rescript vom 14. April 1818 nicht nach dem M. L. R., sondern nach den bestehenden Prozeßvorschriften zu bemessen sind. (A. G. E. vom 24. März 1851 Nr. 1128.)

Jeder Veräußerung muß eine Untersuchung der Zweckmäßigkeit in Bezug auf den Mündel Seitens der Obervormundschaft vorausgehen, und die Erlaubniß dazu durch einen Beschluß (decretum de alienando) ertheilt werden. (M. L. R. XVIII. 6. 7. — Erk. des H. G. vom 17. Juni 1800, J. S. Braunwarth gegen Göß)[1].

2) Prozeßführung. Die Vertretung des Mündels bei Gericht in seinen Rechtsangelegenheiten ist Sache des Vormundes, es gehört aber auch zu den wesentlichen Pflichten der Obervormundschaft, zu prüfen, ob im gegebenen Falle die Führung eines Rechtsstreites für die Pflegbefohlenen einen Vortheil verspricht, oder ob nicht etwa von vorneherein ersichtlich ist, daß dieselben in unnöthige Kosten gestürzt werden, welche durch einen billigen Vergleich oder Streitabstand vermieden werden könnten. (Bl. f. R. A. Bd. II. S. 165 ff.)

3) Verpflegung und Ernährung der Mündel. Nach Tit. V. § 4 des M. L. R. soll der Vormünder die Kinder aus dem gemeinen Vermögen (wenn mehrere oder alle Kinder noch minderjährig sind) verpflegen lassen, bis sich das eine oder andere versorgt, wo es dann seine Erbportion selbst verwalten kann, die ihm ausgeliefert werden muß. Hieraus geht hervor, daß, solange die Kinder minderjährig sind, sie aus dem Nachlaß der Eltern ohne Ausscheidung des Erträgnisses ihrer Erbportionen verpflegt werden sollen; die Masse wird daher als eine gemeinschaftliche verwaltet, und die Kosten für Erziehung der Kinder und Erhaltung des Vermögens (Bebauung der Güter ꝛc.) werden aus der ganzen Masse entnommen. Erst wenn das eine oder andere Kind großjährig wird, oder sich versorgt („einen Stand antritt"), ist ihm seine Erbportion mit etwaigem Zuwachs oder Abgang auszuhändigen. Bis ein solcher Fall eintritt, sollen die Kinder also noch eine geschlossene Familie bilden, und in der gemeinschaftlichen Nutznießung verbleiben, wie sie nach Tit. VII. § 2 des M. L. R. dem letztverstorbenen Elterntheile zustand; sie sollen aus dieser Vermögensmasse gerade so verpflegt werden, wie dieses Pflicht des letztverstorbenen Elterntheiles nach Tit. VII. § 3 des M. L. R. gewesen ist, an dessen Stelle der Vormünder versetzt erscheint.

4) Haftung des Vormundes. Zwischen dem Vormund und dem Pflegling tritt durch die Bestätigung des ersteren ein vertragsähnliches Verhältniß ein, gemäß welchem der Vormund für dolose Handlungen und grobe Fahrlässigkeit immer, für geringe Fahrlässigkeit aber auch dann zu haften hat, wenn er nicht nachweist, daß er in seinen eigenen Angelegenheiten ebenso gehandelt haben würde. (l. 1 pr. D. [27. 3] l. 29 pr. l. 59 § 1 D. [17. 1] l. 24 § 5 D. [24. 3].)

Der Vormund ist hierin dem Ehemann in Bezug auf die Verwaltung der Dotal- und Paraphernalgüter, oder auch dem Theilhaber an einer gemeinschaftlichen Sache gleichgestellt.

5) Um auf der Pupillen-Güter Geld zu leihen, bedarf der Vormund der schriftlichen Genehmigung des Gerichts, ebenso wenn er

---

[1]) Werthvolle Mobilien werden rücksichtlich der Veräußernng den Liegenschaften gleich geachtet, und wird dazu die Genehmigung des Gerichtes gleichfalls erfordert. l. 22 C. (5. 37.) Gegenstände dagegen, welche dem Verderben ausgesetzt sind, muß der Vormünder bei Strafe eigener Haftung rechtzeitig verwerthen. l. 7 § 1 D. (26. 7.)

diese Güter vertauschen oder an Zahlungsstatt den Gläubigern übergeben will (M. L. R. Tit. XVIII. § 6), oder wenn es sich um den Abschluß eines Vergleiches handelt. (M. L. R. Tit. XXX. § 7.) Zur Einklagung fälliger Forderungen des Mündels bedarf jedoch der Vormund einer gerichtlichen Genehmigung nicht, denn er ist dazu verpflichtet. (Tit. V. 15.)

6) Gemeinrechtlich (Nov. 72 c. 5) darf sich der Vormund weder während der Dauer der Vormundschaft, noch nachher Forderungen an seinen Pflegling übertragen lassen; solche Uebertragungen sind völlig wirkungslos. Nach Nov. 72 cap. 4 ist sogar die Verschweigung einer bei Uebernahme der Vormundschaft bereits bestandenen Forderung des Vormundes an den Mündel mit Entkräftung dieser Forderung bedroht, und es ist diese Strafe auch jetzt noch für wirksam zu erachten, jedoch muß die Verschweigung eine absichtliche gewesen sein. (Seufferts Archiv Bd. XII. nr. 47.) Daher ist auch ein solches Forderungsrecht resp. Schuldverhältniß als gesetzlicher Grund der Entschlagung von der Vormundschaft aufgeführt. (Seufferts Archiv Bd. X. nr. 268.)

7) Bei Anlegung von Mündelgütern haftet der Vormund für Nachlässigkeit, rücksichtlich der erforderlichen Sicherheit, und bei verspäteter Anlegung überflüssiger, d. h. zur Verpflegung der Mündel 2c. nicht nothwendiger Gelder auch für den Zinsenentgang, und den weiter dadurch verursachten Schaden, z. B. durch Diebstahl. (M. L. R. Tit. V. §. 17.) Von dieser Haftung befreit den Vormünder nicht der Einwand, daß die Obervormundschaft zu der fraglichen Geldausleihung ihre Zustimmung ertheilt habe, oder daß bei Abhör der Vormundschaftsrechnung von Seite des Gerichtes nichts darüber erinnert wurde, denn die Vermögensverwaltung und die Verantwortlichkeit dafür lastet zunächst auf dem Vormünder; die Rechnungsabhör dient vor Allem zur Verhütung einer möglichen Untreue des Vormundes, und kann an jener Haftbarkeit keine Aenderung bewirken. (Seufferts Archiv Bd. III. nr. 72.)

8) Der Vormünder darf nichts dem Mündel Gehöriges für sich erwerben, weil ihm die Prüfung obliegt, ob die Veräußerung jenem vortheilhaft sei, und der Vormund daher ein Gutachten in eigener Sache abgeben müßte. (§ 3 J. [1. 21] l. 1 § 13 D. [36. 1].) Sollte selbst das Gebot des Vormundes die Taxe des Mündelgutes übersteigen, so ändert dieses die Sachlage nicht, denn der Erfolg (das eigene Mehrgebot des Vormundes) zeigt, daß die Taxe unrichtig war. Auch die Leitung des Verkaufes durch das Gericht kann die nöthige Genehmigung des Vormundes nicht ersetzen, denn wo ein Pflegling rechtlich eines Vormundes bedarf, da muß ihm zu allseitiger Wahrung seiner Interessen, mithin auch, um die Obervormundschaft auf etwaige Bedenken aufmerksam zu machen, ein unbetheiligter Vormund schlechterdings beigegeben sein. (Seufferts Archiv Bd. V. nr. 193.)

9) Gemeinrechtlich ist es eine Streitfrage, ob die an einen Vormünder ohne obrigkeitliche Genehmigung erfolgte Rückzahlung eines ausgeliehenen Kapitales den Schuldner von seiner Pflicht befreit, wenn das Geld nicht zum Vortheile des Pupillen verwendet wurde. Namentlich haben sich neuere Rechtslehrer für Verneinung dieser Frage entschieden. (Archiv Bd. I. nr. 251.) Allein das M. L. R. hat offenbar die gegentheilige Ansicht festgehalten, indem es den Vormund in

Tit. V. § 15 Abs. 1 nicht allein berechtigt, sondern sogar verpflichtet, Aktivausstände (Aktivschulden im Allgemeinen) in Zeit, d. h. rechtzeitig ohne einen Auftrag der Behörde abzuwarten, einzutreiben, worunter natürlich auch verzinslich ausgeliehene Kapitalien zu verstehen sind. Ist nun der Vormund verpflichtet, solche Gelder einzutreiben, so muß der Schuldner auch berechtigt sein, an ihn zu zahlen, und die Quittung des Vormundes muß allein genügen, letzteren von weiteren Verbindlichkeiten zu befreien. Weiter geht dieses auch aus Tit. V. § 17 des M. L. R. hervor, wo ausdrücklich von Wiedereintreibung ausgeliehener Gelder die Rede ist, die dem Vormund zur Last fällt, weil derselbe die in Handen habenden Gelder dem Gerichte zur Verwahrung zu übergeben hat, die ganze Thätigkeit des Gerichtes sich sofort nur mit der Verwahrung der vom Vormund eingelieferten Gelder befaßt. Schließlich schreibt auch das M. L. R. überhaupt nur in Thl. V. § 20 Abs. 2 Tit. XVIII. § 6, und Tit. XIX. § 7 eine gerichtliche Genehmigung der Handlungen des Vormundes durch Dekret oder Erkenntniß vor.

10) Die Ausleihung der Pupillengelder kann nur gegen gerichtliches sicheres Unterpfand (Hypothek) geschehen. (M. L. R. § 17.) Eine Zuwiderhandlung des Vormundes macht denselben für den Verlust haftbar. (Seufferts Archiv Bd. XI. nr. 253.) Die Praxis verlangt bei solchen Ausleihungen einen doppelten Werth des Unterpfandes (§. 307 nr. 9) für die zu versichernde Kapitalsumme. Handelt der Vormund gegen diese Vorschrift, so mag er sich auch mit der Einrede nicht schützen, daß das Pfandobjekt durch Zufall entwerthet worden sei, weil, wer gesetzwidrig handelt, auch für den die Sache zufällig treffenden Schaden zu haften hat. (l. 5 § 7 l. 18 pr. D. [13. 6] l. 1 § 4 D. [44. 7] § 2 J. [3. 15].) Alle diese Gesetzesstellen machen die Ersatzpflicht nicht davon abhängig, daß der Ersatzpflichtige die Gefahr hätte voraussehen können, sondern sie erklären ihn für ersatzpflichtig, weil er vertragswidrig handelte, und weil, wenn er vertragsmäßig gehandelt hätte, der schädliche Zufall die Sache nicht getroffen haben würde. Hält dagegen der Vormünder diese Vorschriften ein, es tritt aber gleichwohl in Folge der gesunkenen Güterpreise, oder einer Verschuldung der Hypothekenschätzleute oder des Hypothekenamtes ein Verlust ein, so kann er nicht regreßpflichtig werden, weil er keine Pflichtverletzung begangen hat [1]).

11) Abgesehen von der Consensfähigkeit der mündigen Minderjährigen ist ein Unterschied zwischen diesen und den Unmündigen hinsichtlich der von ihnen ohne Zuziehung des Vormundes abgeschlossenen, ihr Vermögen, dessen Veräußerung, Verpfändung, Vertauschung oder Geldaufnahme betreffenden Geschäfte nicht begründet, und es finden auch

---

[1]) Nachdem das Statut nur im Allgemeinen die sichere Anlegung der Kapitalien der Pupillen im Auge hat, wird es bei den inzwischen sehr veränderten Verkehrsverhältnissen auch keinem Bedenken unterliegen, wenn der Vormund für solche Gelder mit Bewilligung der Behörde, z. B. sichere Staatspapiere kauft. Die durch § 24 der Depositenordnung vom 28. Mai 1862 (Regier.-Bl. S. 1090) angeordnete Hinterlegung deponirter Gelder bei der Bank ist nur eine provisorische. Nach Entschl. des k. Staatsministeriums der Justiz vom 20. Dezember 1860 soll auch die Anlegung der Pupillengelder bei einer Sparkasse nur interimistisch bis zum Betrage von 100 fl. gestattet sein. Gemäß Verord. vom 28. Januar 1805 (Regier.-Bl. S. 297) darf endlich die Anlegung in Staatspapieren nur in bayerischen Staatsobligationen stattfinden.

alle für die Minderjährigen geltenden Vorschriften auf die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder Anwendung, weil die väterliche Gewalt die Vormundschaft vertritt. (Kraut, Bd. II. S. 629.)

Demgemäß findet auch gegen alle Minderjährige wegen der ohne ihren Vormünder abgeschlossenen Handlungen eine Klage nur dann statt, wenn sie daraus bereichert wurden, oder wenn das daraus erhaltene Geld zu ihrem Nutzen verwendet wurde. (l. 1 pr. l. 5 pr. § 1 D. [26. 8] l. 3 § 4 l. 6 pr. D. [3. 5] l. 66 D. [46. 3].)

12) Der Antritt einer Erbschaft Namens Minderjähriger kann nach einzelnen Partikularrechten, z. B. Frankf. Reform. Thl. VI. Tit. 1 § 6 und Thl. VII. Tit. 4 § 7. 8 nur durch deren Vormund, oder durch deren Eltern geschehen, wenn die Minderjährigen noch unter elterlicher Gewalt stehen. Der Erwerb der Erbschaft geschieht dann auf Gefahr des Vaters, während das Kind nach erlangter Selbstständigkeit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beanspruchen kann. Diese gewährt auch das M. L. R. Tit. XV. § 5 den Minderjährigen, läßt aber auch den Erbantritt durch die Minderjährigen selbst zu (S. 621), jedoch nach Maßgabe des subsidiären gemeinen Rechtes (l. 11 D. [26. 8] § 1 J. [1. 21] l. 18 § 4 C. [6. 30]) unter Mitwirkung des Vormundes (S. 284), nachdem das M. L. R. den römischen Unterschied zwischen Vormundschaft und Curatel beibehalten hat.

Der Antritt der Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventares [1]) ist gemeinrechtlich den Vormündern nicht zur Pflicht gemacht, ist denselben aber anzurathen, damit sie sich keiner Verantwortlichkeit aussetzen. Zur Erbschaftsentschlagung bedürfen die Vormünder ein richterliches Decret, weil damit eine Veräußerung eines Rechtes verbunden ist.

13) Vormünder dürfen mit ihren Pflegkindern keine Verträge abschließen, und von denselben keine Versprechungen oder Zusicherungen annehmen, weil die Mündel ohne Einwilligung ihrer Vormünder nicht rechtsverbindlich contrahiren können, sondern diese zu jedem von ihren Mündeln geschlossenen Rechtsgeschäft ihre Zustimmung geben müssen, die Vormünder also im gegebenen Falle ihre eigenen Geschäfte bekräftigen müßten. (l. 7 pr. D. [26. 8].)

§ 128.

e) Rechnungsstellung der Vormünder.

Jeder Vormund (mit Ausnahme der Mutter, Tit. VI. 5 des M. L. R.) hat jährlich Rechnung zu stellen, welche von der Obervormundschaftsbehörde zu prüfen ist. (M. L. R. Tit. V. § 5.) Die Erinnerungen über vorgefundene Anstände sind dem Vormund zur Beantwortung und Rechtfertigung innerhalb eines peremtorischen Termines mitzutheilen. (M. L. R. Tit. V. § 19.) Die Rechnungen sind mit einer Abschrift zu übergeben, und das Original ist dem Vormund mit den Belegen nach erfolgter definitiver Bescheidung zurückzustellen.

Diese Rechnungsablage hat den Zweck vollständiger Darlegung des Bestandes und der Verwaltung des vormundschaftlichen Vermögens; sie

[1]) Es bezieht sich diese Bestimmung nicht auf jenes Inventar, welches der Vormund nach Tit. V. § 5 des M. L. R. unter allen Umständen über das Vermögen seines Mündels zu errichten hat, also auch über jenes Vermögen, welches dem Mündel, sei es in Folge gerichtlicher, oder in Folge elterlicher Theilung, zugefallen ist. (§ 295 not. 1.)

muß daher enthalten: eine genaue, vollständige und fortlaufende, geordnete und mit Angabe der Zeit versehene Aufzählung sämmtlicher Einnahmen und Ausgaben während der Rechnungsperiode unter Anschluß der erforderlichen Beweise und Belege, insbesondere der obervormundschaftlichen Beschlüsse, auf welche sich etwa die einzelnen Einnahmen und Ausgaben gründen. Jede Rechnung muß sofort auch Aufschluß ertheilen über die Art und Zeit der Ausleihung der pflegschaftlichen Gelder, der Einhebung der Zinsen und deren Verwendung; sie hat sich auf das Inventar, die Verlassenschafts- oder Theilungs-Akten, Einnahms- und Ausgabs-Belege zu stützen.

Solche Rechnungen zerfallen daher in folgende Haupttheile:

1) Der ersten Vormundschaftsrechnung ist das vollständige Inventar über das gesammte Vermögen des Pupillen mit Angabe des Schätzungswerthes der einzelnen Gegenstände beizufügen.

In den folgenden Rechnungen ist auf jenes Inventar Bezug zu nehmen, und sind dabei die Abgänge und Zugänge während des Rechnungsjahres anzuführen, und dann der jetzige Bestand des Pupillen-Vermögens abzuschließen. In jeder Rechnung sind die Namen und Geburtszeit der Pfleglinge anzuführen.

2) Im ersten Titel sind die Einnahmen a) aus dem Baarrest voriger Rechnung, b) aus den Erträgnissen der Liegenschaften, c) aus den Erträgnissen (Zinsen) hingeliehener Kapitalien, d) aus Beiträgen Dritterer, z. B. aus einer Leibrente des Pupillen, aus Pensions-Reichnissen des Staates 2c.; e) aus den Erlösen verkaufter Mobilien und Liegenschaften, und sonstige Einnahmen, f) aus etwa zurückbezahlten Kapitalien vorzutragen, dabei in einer eigenen Spalte Bezug zu nehmen auf die Belege. Die wirklichen Einnahmen und die Rückstände sind in eigenen Columnen auszuscheiden.

3) Im zweiten Titel sind vorzutragen die Ausgaben: a) auf rückständige Zahlungen nach voriger Rechnung, b) für Erziehung und Verpflegung des Mündels, c) für Bebauung und Unterhaltung der Grundstücke, und sonstige Ausgaben, d) für hingeliehene Kapitalien, e) für Kosten der Rechnungsstellung, Gerichtstaxen, Auslagen des Vormundes, Alles mit Bezugnahme auf die Belege und mit Ausscheidung der wirklich geleisteten und noch zu leistenden Zahlungen.

4) Im dritten Titel ist der Abschluß des Vermögens darzustellen mit Angabe der Summe aller Einnahmen, und der Summe aller Ausgaben, woraus sich dann der Vorrath nach Abzug der letzteren von den ersteren ergibt. Schlüßlich ist die Rechnung vom Vormund zu unterschreiben, da sie eine wichtige Urkunde ist. (M. L. R. Tit. V. § 18. 19. 20.)

Die einzelnen Jahresrechnungen sind nicht sowohl dem Pflegling, als der Vormundschaftsbehörde zur Ausübung ihrer Aufsichtspflicht zu stellen. Sie können, namentlich auch die Schlußrechnung, von Niemand, weder im Testamente der Eltern oder Dritterer, noch vom Pflegling selbst oder der Behörde erlassen werden. (M. L. R. Tit. V. § 5.)

Letzteres gilt namentlich auch von den Schlußrechnungen, mit welchen zugleich dem aus der Vormundschaft zu entlassenden Pflegling der ganze Vermögensstand darzulegen, und von der Behörde reiflich zu prüfen ist, ob der Vormund seiner Pflicht in jeder Hinsicht voll genügt hat. Es wäre hiernach irrig, anzunehmen, die Schlußrechnung könne

durch ein einfaches Abkommen zwischen Vormund und Mündel, und gerichtliche Erklärung des Letzteren, daß er zufriedengestellt sei, umgangen werden. (Erk. des Rev.-G. vom 10. Juli 1759, J. S. Blümlein gegen Blümlein.)

Die den Pupillen gegen ihre Vormünder oder deren Erben zustehende actio tutelae währet von erlangter Großjährigkeit an 30 Jahre, und es kann damit die Ableistung des Manifestationseides verlangt werden, falls förmliche Rechnungsstellung nicht mehr möglich ist. (l. 7. 8 C. [5. 51.]) Befreiung der Vormünder durch Vergleich, Novation und Acceptilation sind durch das Statut und die Reichsgesetze ausgeschlossen, da die Vormundschaftsrechnung auch der Vormundschaftsbehörde gestellt wird, und erst nach erfolgter Auslieferung dem großjährig gewordenen Pupillen ein solches Abkommen mit dem Vormünder gestattet sein mag; denn die Vormundschaftsbehörde hat nicht allein dafür zu sorgen, daß das Vermögen der Mündel gut verwaltet werde, sondern auch dafür, daß der Mündel nach erreichter Großjährigkeit sein Vermögen richtig erhalte, außerdem könnte noch am Schlusse der ganze Zweck des Geschäftes vereitelt werden. Das Gesetz verlangt dieses in allen Stellen (§ 5. 11. 19. 20.) als absolute Nothwendigkeit.

Selbst die Erben des Vormundes sind zu solcher Rechnungsstellung verbunden. (Seufferts Archiv Bd. X. Nr. 63.) [1]).

Bei der amtlichen Prüfung der Vormundschaftsrechnungen ist insbesondere in Betracht zu ziehen, ob der Vormund seinen Verpflichtungen in Allem nachgekommen ist, namentlich ob die wegen der vorausgehenden Rechnung erlassenen Anordnungen und Beschlüsse vom Vormunde pünktlich vollzogen sind.

§ 129.

f) Honorirung der Vormünder.

Die dem Vormund aus seinem Amte erwachsenen Auslagen, sowie sein nothwendig er weiterer Aufwand in Geschäften des Mündels auf Reise-, Fahr-, Zehrungs-, Rechnungsstellungs- und dergleichen Kosten sind in der Rechnung aufzuführen, und dem Vormund nach erfolgter Genehmigung zu vergüten, wodurch indeß der Grundsatz nicht verletzt werden darf, daß die Vormundschaft eine allgemeine Bürgerpflicht ist, daß sie nicht dazu ausgebeutet werden soll, den Vormund zu bereichern,

---

[1]) Eine auf Rechnungsstellung gerichtete Klage begreift zunächst nur die Frage über die Pflicht der Rechnungsablage, und wird erledigt, sobald eine der Form nach richtige Rechnung gestellt ist. Die Frage, wie die zu stellende Rechnung beschaffen sein soll, oder ob die gestellte Rechnung in Bezug auf Inhalt und Belege materiell richtig ist, gehört einem neuen Verfahren an, worin es Demjenigen, welchem Rechnung gestellt wurde, freisteht, Edition bestimmt zu bezeichnender Urkunden zu verlangen, und zu behaupten, resp. zu beweisen, daß der Rechnungspflichtige Einnahmen gehabt, welche er noch in Rechnung bringen müsse, oder die Richtigkeit nicht gehörig gerechtfertigter oder belegter Ausgaben zu bestreiten, deren Beweis dann dem Rechnungssteller obliegen würde. (Archiv, Bd. I. Nr. 274. — Seufferts Comm. z. G. O. III. S. 266.)

Damit derartige Prozesse möglichst vermieden werden, legt das Gesetz Tit. V. § 19 den Behörden selbst die Pflicht auf, die Vormünder mit „erforderlichem Ernst und Nachdruck“ zur Rechnungsstellung anzuhalten.

sondern daß kein Vormund wegen seiner Mühewaltung etwas zu fordern hat. (M. L. R. Tit. V. § 18. 19. 20.)

Daß Vereinnahmung von Geldern in die Kategorie solcher Geschäfte gehört, welche unentgeldlich zu besorgen sind, bedarf nach Tit. V. §§ 4, 15 und 17 des M. L. R. wohl keiner Beweisführung. Diese Pflicht kann aber nicht auf jene Personen erstreckt werden, welche nicht wie unmündige Waisen einer nothwendigen Stütze bedürfen, und die daher keiner gesetzlichen Fürsorge unterworfen sind.

Ist folglich diese Obsicht eine freiwillige, und erstreckt sie sich mehr auf das Vermögen, als auf die Person, so läßt sich immerhin, auch wenn das Oberaufsichtsrecht des Staates dabei thätig ist, diese Art der Curatel nicht nach den allgemeinen Gesetzen beurtheilen, da das hiebei obwaltende Verhältniß mehr einem Uebereinkommen gleich zu achten ist, wobei die hierauf bezüglichen Grundsätze über gegenseitige Verpflichtung (negotiorum gestio und Mandat) zur Anwendung zu kommen haben. In solchen Fällen wird daher auch die Aufrechnung von sog. Zählgeldern (gewöhnlich 1 kr. von jedem Gulden der Einnahme) um so weniger Beanstandung finden können, besonders wenn der großjährige Curand gegen die Gebühr bei der Rechnungsabhör keinen Einwand erhoben hat. (A. G. E. vom 10. Februar 1855 Nr. 204.)

Die fragliche Anordnung des M. L. R. beruht auf dem römischen Rechte l. 38 D. (3. 5), l. 58 D. (26. 7), wo ebenfalls verordnet wird, daß der Vormünder aus seiner Verwaltung keinen Gewinn ziehen soll. Allein das gemeine Recht gestattet doch in l. 33 D. (26. 7) eine Ausnahme, wenn von dem Besteller des Vormundes den letzteren eine bestimmte Vergütung (salarium) zugesichert worden ist, was nach l. 1 § 6 D. (27. 3) namentlich dann geschehen kann, wenn der Vormund sich ohne Vergütung nicht unterhalten kann.

Ist die Aussetzung einer solchen Vergütung von dem Testator oder von der Behörde geschehen, so wird sie auch nach M. L. R. als zulässig erachtet werden müssen, weil es nur eine Regel aufstellt, und die gemeinrechtlichen Ausnahmen nicht verboten hat. Von der Regel wird aber abzuweichen sein, wenn die mit einer Vormundschaft verbundene Thätigkeit des Vormundes eine so umfassende sein muß, daß sie den Vormund in dem eigenen Erwerbe nachhaltig hindern würde, oder wenn der Vormund wegen Armuth berechtigt wäre, die Vormundschaft abzulehnen, während der Mündel etwa ein solches Vermögen besitzt, daß ihm eine Entschädigung des Vormundes in keiner Hinsicht einen Nachtheil bringt.

§ 130.

g) Sicherheitsleistung der Vormünder.

Zur Stellung einer besonderen Caution ist ein angesessener Vormund nicht verpflichtet, dagegen ist sein Vermögen dem Pflegling von Beginn der Vormundschaft stillschweigend verpfändet. (M. L. R. Tit. V. § 9.)

An die Stelle dieser stillschweigenden Hypothek (M. L. R. Tit. XXII. § 5) ist nach § 12 Nr. 5 des bayer. Hypothekengesetzes der Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek getreten, und nach § 20

des Hypothekengesetzes hat der Vormund beim Antritt der Verwaltung für jene Theile des beweglichen Vermögens, welche ihm in Handen gelassen werden, mit einer auf seine Immobilien einzutragenden entsprechenden Summe Sicherheit zu leisten. Den Gerichten ist dabei auferlegt, durch gerichtliche Hinterlegung jener Vermögenstheile des Pfleglings, an welchen er beschädigt werden könnte, z. B. Pretiosen, Obligationen und sonstiger Werthpapiere, Gelder ꝛc. möglichst Sorge zu tragen, damit jener Hypothek-Eintrag, wenn nicht ganz vermieden, doch dessen Summe möglichst vermindert werden kann.

Eine weitere Sicherheit ist der Vormund, sobald er seine Obliegenheiten, namentlich der Rechnungsstellung, pünktlich erfüllt, zu leisten nicht gehalten. Dagegen werden die Vormundschaftsbehörden zur strengsten Aufsicht über der Vormünder Verwaltung, namentlich die Rechnungsablage, und im Falle wahrgenommener Fahrlässigkeit zur Erwirkung der Eintragung einer den zu verrechnenden Einkünften des Vermögens entsprechenden Hypothek auf den Liegenschaften des Vormundes angewiesen, was sich auch auf die wahrgenommenen Rechnungsdefekte erstreckt.

Nach § 23 Nr. 2 und § 24 der Prioritäts-Ordnung gebührt überdieß den Minderjährigen im Concurse des Vormunds wegen ihrer Ansprüche an diesen ein Vorzug in IV. Klasse mit Vorrang vor den dort unter Nr. 3—9 aufgeführten Gläubigern.

Der Vormund ist dieser Haftung gegenüber indeß berechtigt, wegen eigener Versehen, für seinen Mündel Restitution zu suchen, indem nach l. 25 D. (26. 5) l. 20 § 1 D. (27. 3) der zum Schadensersatz gegen den Mündel genöthigte Vormund sich sogar die durch eine vorgängige Restitution bedingten Klagrechte seines Mündels gegen Dritte, mithin dadurch auch das Recht auf Restitution selbst abtreten lassen darf, so daß er nun in der That sogar in seinem eigenen Interesse sein früheres Versehen anfechten darf. (Seufferts Archiv Bd. IX. Nr. 6.)

§ 131.

Von den Mitvormündern.

Die Mitvormünder haben nach Tit. V. § 8 des M. L. R. die Aufsicht auf die Handlungen des Vormundes, daher die Pflicht der Anzeige bemerkter Unregelmäßigkeiten oder Pflichtwidrigkeiten seiner Verwaltung bei der Obervormundschaft und eigener Haftung bei bewiesener Nachlässigkeit.

Zur Verwaltung auswärts gelegener Güter kann ein Curator bestellt werden, dieser ist aber kein Nebenvormund, sondern nur ein Geschäftsführer im gewöhnlichen Sinne, weßhalb auch das Gesetz für ihn den Namen Vormund nicht gewählt hat, obgleich es ebenfalls in § 8 von der Zulässigkeit mehrerer Vormünder spricht. Es geht daraus hervor, daß das Gesetz überhaupt eine möglichst einheitliche Leitung des ganzen Vormundschafts-Vermögens beabsichtigt, und auf diese Weise den auswärtigen Curator von den Anweisungen des eigentlichen Vormundes abhängig machen will. Bei einer solchen Theilung der Geschäfte erscheint nur jene Handlung des Curators als rechtsbeständig, welche derselbe innerhalb der ihm vom Vormunde ertheilten Instruktion vornimmt, ab-

weichend von dem römischem Rechte l. 4. 47 § 2 l. 51 D. (26. 7) l. 2 C. (5. 10) l. 5 C. (5. 59.) [1]).

Wenn daher die vorzunehmende Handlung eines Curators oder eines Nebenvormundes auch in den Geschäftskreis des Hauptvormundes eingreift, so bedarf es dazu dessen Mitwirkung, um dem Geschäfte rechtliche Gültigkeit zu verschaffen. (Seufferts Archiv Bd. XV. Nr. 228.)

Zur Aufstellung eines Nebenvormundes wird das Gericht berechtigt, sobald dieses der Umfang der Verwaltung oder persönliche Mängel des Vormundes (Untüchtigkeit, Krankheit zc.) erheischen. (M. L. R. Tit. V. § 8). Außerdem ist das Gericht nach § 12 dazu verpflichtet, bei Nahrungsverfall des Vormundes, oder wenn sich Verdacht oder Beschwerde wegen schlechter Fürsorge des Vormundes für die Person oder das Vermögen des Mündels ergibt. (M. L. R. V. 12.)

Vorübergehend sind Nebenvormünder aufzustellen, wenn sie nicht überhaupt schon bestellt sind, sobald es sich um eine Vertretung des Mündels gegen seinen Vormund handelt, d. h. so oft Mündel und Vormund zu einander im Verhältniß der Parteien stehen. Der Nebenvormund hat alsdann dieselben Vorschriften zu beobachten, welche der Vormund zu erfüllen hätte, wenn er nicht Partei wäre, und ist auch gerade so wie der Vormund verantwortlich und haftbar. Werden Unregelmäßigkeiten durch den aufzustellenden Nebenvormund entdeckt, und der Vormund wird abgesetzt, so soll der Nebenvormund ganz an dessen Stelle treten. (M. L. R. Tit. V. § 11.)

§ 132.

Von den Personen, welche der Pflegschaft unterworfen werden sollen.

a) Minderjährige.

Nach M. L. R. steht fest, daß die minderjährigen Kinder erst mit dem Tode ihrer **beiden** Eltern in die Reihe der curatelmäßigen Personen

[1]) Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß, sobald mehrere Vormünder in der Weise gemeinschaftlich bestellt sind, daß die Verwaltung zwischen ihnen nicht getheilt, sondern ihnen gemeinschaftlich übertragen ist, jedem einzelnen Mitvormunde das Recht zusteht, alle Verwaltungshandlungen allein und ohne Concurrenz der Mitvormünder in rechtsverbindlicher Weise zu verrichten, so daß die Gültigkeit aus dem Grunde, daß nicht alle Mitvormünder gehandelt haben, weder von dem Unmündigen nach erlangter Volljährigkeit, noch von den Mitvormündern während des Bestehens der gemeinschaftlichen Vormundschaft angefochten, wohl aber von den letzteren das Zustandekommen des von einem Mitvormunde einseitig beabsichtigten Rechtsgeschäftes verhindert werden kann, wenn sie rechtzeitig, d. h. ehe das Geschäft vollzogen wird, widersprechen. (Glück, Comm. XXX. S. 353.)

Der in den Rechtsquellen wiederholt ausgesprochene Grundsatz, daß jeder einzelne Mitvormünder für sich handeln könne, beruht auf der Erwägung, daß bei Einholung der Genehmigung sämmtlicher Mitvormünder oft Verwaltungsmaßregeln, welche zum Vortheile des Mündels gereichen könnten, unterbleiben würden. l. 3 pr. D. (26. 7.)

Eine Ausnahme hievon tritt nur ein a) bei Handlungen, welche die Aufhebung der Vormundschaft zur Folge haben, z. B. bei der Arrogation eines Dritten, l. u. C. (5. 59); b) wenn der Testator die Anordnung getroffen hat, daß die Verwaltung der Geschäfte an die Zustimmung des Mitvormundes bei Strafe der Nichtigkeit gebunden sein soll. l. 47. p. D. (26. 7.)

eintreten [1]), es seie denn, der verstorbene Vater habe nach Tit. V. § 1 unter den bereits erörterten Voraussetzungen (§ 115) seinen Kindern einen Vormund mit Umgehung der Mutter rechtswirksam gesetzt. Das Gesetz läßt nämlich nach dem Tode der Mutter dem Vater seine volle Gewalt, ohne Rücksicht darauf, ob er sich wieder verheirathet, oder nicht, der Mutter aber wird sie nach dem Tode des Vaters unter obiger Voraussetzung durch Tit. V. § 1 mit Wahrung vollkommenster Selbstständigkeit und gänzlicher Befreiung von jeder obervormundschaftlichen Controle übertragen.

Durch eine Entschließung des k. Ministeriums der Justiz vom 8. März 1817 ist auch ausgesprochen, daß nach M. L. R. dem überlebenden Ehegatten, wenn Kinder vorhanden sind, so viele Rechte am Vermögen des Verlebten zustehen, daß, so lange er nicht zur weiteren Ehe schreitet, eine Vermögensabsonderung und Pflegschaftsbestellung nicht nothwendig erscheint.

Wenn übrigens die Gesetze den Minderjährigen unter allen Umständen als der Vorsorge des Staates bedürftig erachten, so muß ihm dieser Schutz auch gegen diejenigen Personen zu Theil werden, welche als seine Vertreter im Allgemeinen gelten. Diesem Grundsatze folgt nicht nur das gemeine Recht, sondern auch das M. L. R. durch die Berufung auf das gemeine Recht (Tit. XXX. § 1) um so mehr, als es die römische Personeneinheit zwischen Vater und Haussohn aufgehoben hat. Namentlich statuirt das gemeine Recht für Collisionen der Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater und den Hauskindern immer eine besondere Vormundschaft. (Tit. Cod. de quibus causis tutela [5. 36], Nov. 117.)

Es ergibt sich indeß kein Unterschied bezüglich des Vermögens der Hauskinder, nämlich ob diese ein Vermögen besitzen, welches der Nutznießung der Eltern unterliegt, oder nicht. (§ 113.)

Im Allgemeinen kann eine Verpflichtung der Hauskinder nicht ohne Mitwirkung eines Curators geschehen, ihr Curator ist aber, so lange sie der elterlichen Gewalt unterworfen sind, und ihre Interessen denen des Vaters nicht widerstreiten, der Vater, oder nach dessen Ableben die Mutter. Zur Gültigkeit einer Verfügung auch über ihr, dem elterlichen

---

[1]) Die Minderjährigkeit dauert nach M. L. R. Tit. V. § 12 bis zum zurückgelegten 25. Lebensjahre. Diese Bestimmung ist für Bayern dahin abgeändert, daß das Ende der Minderjährigkeit auf das vollendete 21. Lebensjahr festgesetzt wurde durch die Verordnungen vom 26. Oktober 1813 und 11. Januar 1814 (Regier.-Bl. S. 1337), welche für das bayerische ehemalige Aschaffenburger Gebiet Gültigkeit erlangten durch Ausschreiben der k. Hofkommission zu Aschaffenburg vom 8. Oktober 1814 (Aschaff. Intell.-Bl. St. 83). Außerdem endet die Minderjährigkeit durch die vom Landesherrn ertheilte Großjährigkeit (venia aetatis) (Tit. V. § 14 des M. L. R.), welche nunmehr gemäß Verordnung vom 15. April 1817 über „den Wirkungskreis des k. Staatsministeriums der Justiz" § 41 (Regier.-Bl. 1817 S. 340) in Bayern durch das k. Staatsministerium der Justiz erwirkt werden muß.

Die Großjährigkeit oder Volljährigkeit ist dasjenige Lebensalter, in welchem der Mensch in Beziehung auf sein Alter alle Rechtshandlungen des bürgerlichen Lebens allein und rechtsverbindlich vorzunehmen vermag. Minderjährig ist derjenige, welcher dieses Alter noch nicht erreicht hat; der Minderjährige genießt die bürgerlichen Rechte, aber nicht deren Ausübung, diese ist einer Person anvertraut, mit dem Auftrage, ihn zu vertreten (Vormund). Die Unterscheidung der Minderjährigen in Unmündige und Mündige ist schon erwähnt. (§ 113.)

Nießbrauch nicht unterliegendes Vermögen bedürfen die Hauskinder der Genehmigung des Vaters, oder nach dessen Tod, der Genehmigung der Mutter.

Auch durch Verzichtleistung der Eltern auf den Nießbrauch des den Gegenstand ihres elterlichen Verwaltungsrechtes bildenden Vermögens wird das Ende dieses Verwaltungsrechtes nicht herbeigeführt, es sei denn, daß das eigene Interesse des Vaters resp. der Mutter mit dem der Kinder in Collision kommt, z. B. wenn in dem gegen den Vater geführten Rechtsstreite der Nießbrauch am Vermögen des Kindes als Exekutionsobjekt in Vorschlag gebracht wird, und über die Zulässigkeit dieses Antrages gestritten werden muß. (Seufferts Archiv Bd. III. S. 342.)

Es beruht dieses Verhältniß auf dem, dem Vater über seine Kinder nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes zustehenden Schutzrechte (mundium), und man kann, insoferne dem Vater vermöge seiner Stellung die Befugniß zur vollständigen Vertretung seines wegen Minderjährigkeit oder aus einem anderen Grunde unselbstständigen Kindes eingeräumt wird, auch von einer väterlichen Vormundschaft sprechen. Den minderjährigen Hauskindern muß daher auch bezüglich ihres etwaigen Separatvermögens die Fähigkeit abgesprochen werden, sich durch ihre Handlungen selbstständig zu verpflichten, also auch die Wechselfähigkeit. Sie können folglich auch nicht selbstständig vor Gericht auftreten, und das ohne Zuziehung des Vaters stattgehabte Civilverfahren ist der Regel nach nichtig. Was speziell die Vormundschaft der Mutter betrifft, vergl. § 116. b not.

Wenn man erwägt, daß das M. L. R. in seinen Grundzügen mit dem gemeinen Rechte vollkommen übereinstimmt, und überhaupt mehr das Formelle des Vormundschaftswesens regelt, so widerlegt sich auch, sobald man diese Subsidiarität des gemeinen Rechtes wirken läßt, die Ansicht, daß nach diesem Statut die Special-Curatelen nur auf die Einkindschaft (Tit. II. § 6), auf Abwesende (Tit. V. § 6, Tit. XIV. § 11.) und auf die Verschwendung der Eltern (Tit. IX. § 12) zu beschränken seien, weil nur diese im Gesetze ausdrücklich benannt werden; es können vielmehr diese Arten von Specialcuratelen nur als Beispiele und zugleich als Beweis aufgefaßt werden, daß das L. R. das Institut der Specialcuratelen adoptirt hat.

Sobald daher der Richter in einer Prozeßsache in die Lage kommt, den rechtlichen Bestand einer als Partei aufgetretenen Curatel zu prüfen, so liegen z. B. die betreffenden Erfordernisse schon dadurch als gegeben vor, daß die Klage auf ein mit dem beiderseitigen Interesse der Eltern und der Kinder collidirendes Rechtsverhältniß gestützt wird, daß der Curator von der competenten Obervormundschaftsbehörde bestellt ist, und daß die letztere ihn zur Klagstellung angewiesen hat.

§ 133.

Nach art. 32 des Strafgesetzbuches für Bayern von 1811 verliert der zur Todes- oder Zuchthausstrafe Verurtheilte, letzterer auf die Dauer der Strafzeit, mit dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheiles, das Recht, sein Vermögen zu verwalten, und unter Lebenden darüber zu verfügen. Die Curatel, welche über das Vermögen des Sträflings in Folge seiner Dispositionsunfähigkeit angeordnet werden muß, soll sich nach den bezüglich der Verwaltung des Vermögens der Minderjährigen bestehenden Gesetzen

normiren, woraus erhellt, daß keineswegs ausgeschlossen ist, über wichtigere Fragen der Vermögensverwaltung die Willensmeinung des Sträflings selbst (gleich der des bereits mündig gewordenen Minderjährigen) zu vernehmen, und geeignet zu berücksichtigen.

Die Anordnung der Curatel ist übrigens nicht unbedingt, sondern nur für den Fall des Erfordernisses vorgeschrieben, tritt also namentlich nicht ein, wenn der Sträfling ganz vermögenslos ist.

§ 134.

b) Verschwender.

Das M. L. R. handelt blos in Tit. VII. § 9 und IX. § 12 von den im Interesse der Kinder gegen verschwenderische Eltern zu treffenden Maßregeln, worauf hier zu verweisen ist. (Vergl. § 241.) Indeß ist die Curatel über Verschwender (cura prodigi) im Allgemeinen eine Einrichtung des römischen Rechtes, welches den Begriff der Verschwendung so bestimmt, daß dazu nicht allein eine Verwendung des Vermögens auf unnütze Dinge, oder eine Contrahirung von Schulden zu diesem Zwecke, sondern auch ein Mißverhältniß zwischen solchen Ausgaben und dem Vermögensstock gehört, so daß dieses letztere über kurz oder lang durchgebracht sein würde, wenn nicht jener unverständigen Wirthschaft Einhalt geschähe. Der Verschwender wird in den Gesetzen einem Rasenden in Bezug auf die Nothwendigkeit einer Curatelbestellung gleich geachtet. (l. 1 D. [27. 10], l. 12 § 2 D. [26. 5].)

Es bedarf zur Anordnung dieser Curatel eines gerichtlichen Ausspruches, wodurch nach vorgängiger Erforschung der Thatsachen Jemand als Verschwender erklärt, und ihm die Verwaltung seines Vermögens entzogen wird.

Den Antrag auf Einleitung des gerichtlichen Verfahrens ist jeder zu stellen berechtigt, welcher an der Erhaltung des Vermögens des Verschwenders ein Interesse hat, also außer den Kindern auch die Verwandten, welchen eine subsidiäre Alimentationspflicht obliegt, insbesondere deßhalb auch die Heimathsgemeinde.

Die im Allgemeinen als unzweckmäßig zu erachtenden Maßregeln des Tit. IX. § 12, nach welchem vorerst den verschwenderischen Eltern auf die Dauer eines Jahres ein Aufsichtscurator bestellt, und diesem erst dann, wenn nach Ablauf dieser Frist keine Besserung bemerkt wird, die ganze Verwaltung übertragen werden soll, ist nur eine Singularität, und eine Berücksichtigung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern kann daher auf andere durch Verschwender in Gefahr gerathende Personen, insbesondere auf die Armenpflege der Heimathsgemeinden keine Anwendung finden, weil ein bloser Aufsichtscurator, welchem die Verwaltung *nicht* zusteht, die in einer so langen Frist eines Jahres mögliche gänzliche Abschwendung des Vermögens nicht hindern, vielmehr nur augenblickliches energisches Einschreiten durch sofortige Interdiktion des Verschwenders eine Hülfe gewähren kann.

Der erklärte (interdicirte) Verschwender verliert das Recht, Veräußerungen vorzunehmen, gültig zu zahlen, Verträge und Vergleiche zu schließen, zu testiren, Bürgschaften zu leisten, Eide in Rechtsstreiten zuzuschieben, Erbschaften ohne seinen Curator anzutreten (287 not.), überhaupt *Verbindlichkeiten* einzugehen. Dagegen kann der Verschwender

für sich auf jede Weise erwerben oder sich bereichern, überhaupt seine gewöhnlichen häuslichen Angelegenheiten ebenso wie ein Minderjähriger besorgen. (l. 29 D. [12. 2], l. 35 § 1 D. [12. 2], l. 6 D. [45. 1], l. 9 § 7 D. [12. 1], l. 18 § 2 D. [49. 17], l. 18 pr. D [28. 1] § 2 J. [2. 12].) Der blose Mangel der Fähigkeit zur Vermögensverwaltung kann wohl die Bestellung einer Curatel, nicht aber die Erklärung einer Person als Verschwender rechtfertigen.

Ueber Minderjährige ist selbstverständlich wegen der ohnedieß obwaltenden Vormundschaft eine besondere cura prodigi zwecklos.

Die Curatel wegen Verschwendung dauert so lange, bis veränderte Lebensweise und eine häusliche Wirthschaft die Aufhebung des richterlichen Interdiktes gestatten; während ihres Bestehens verliert übrigens der Curand die Fähigkeit der Selbstbestimmung über seine rein persönlichen Angelegenheiten, z. B. Wahl seines Aufenthaltsortes, eine Ehe einzugehen ꝛc. ꝛc. nicht, weil nach gemeinrechtlichen Bestimmungen ein willensfähiger Curand bezüglich rein persönlicher Verhältnisse an die Zustimmung seines Curators nicht gebunden ist, was auch durch die R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 3 keine Aenderung erlitten hat. (Seufferts Archiv Bd. XIII. nr. 101. — Rudorf, Vormundschaft Bd. II. S. 401.)

Durch die Auswanderung hört diese Curatel auf, weil damit der Verschwender aufhört, Staatsangehöriger zu sein, und hiedurch der Rechtsgrund der Curatel hinwegfällt, der nur in der Vorsorge besteht, daß der Verschwender weder dem Staat, noch der Gemeinde, noch einzelnen Personen zur Last falle [1]).

§ 135.

c) Geistesschwache.

Das gemeine Recht nimmt einen Unterschied zwischen Raserei (Furor) und Blödsinn (dementia) an. (l. 6 D. [27. 10] l. 8 § 1 D. [26. 5], l. 28 § 1 C. [5. 37], l. 25 C. [5. 4], l. 28 C. [1. 4.] Die spätere Praxis gestattete jedoch die Curatel über alle Geistesschwache (mente capti, fatui, dementes) § 4 J. (1. 23) l. 1 § 11 l. 2 D. (3. 1) l. 19 § 1 D. (42. 5.)

---

[1]) Es kommt auch vor, daß sich Jemand freiwillig ohne Einleitung des Interdiktionsverfahrens und ohne richterlichen Beschluß durch einfache Erklärung bei Gericht unter die Curatel eines Andern begibt, und hierüber ein öffentliches Ausschreiben vom Gerichte erlassen wird. Hiedurch entsteht blos eine Privatcuratel, ein vertragsmäßiges Verhältniß zwischen dem Curator und Curanden, und es können daher Differenzen zwischen denselben über den Umfang der Befugnisse des Curators oder dessen Haftung nicht von Obervormundschaftswegen, sondern nur im Wege eines gewöhnlichen Prozesses entschieden werden. (Erk. des O. A. vom 31. März 1854, Nr. 536 53/54.)

Der auf diese Weise der Curatel Unterstellte ist kein Verschwender im rechtlichen Sinne, wenn auch die Bedingungen zur Einschreitung des Gerichtes wegen Verschwendung vorhanden sein sollten, und die betreffende Person nur zur Vermeidung dieses Verfahrens sich freiwillig unter Curatel begeben hat. Während daher dem gerichtlich erklärten Verschwender gleich dem Minderjährigen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Seite steht, muß sie demjenigen, welcher sich freiwillig unter Curatel begibt, versagt werden, denn die freiwillige Entschlagung der Vermögensverwaltung kann, da die Fähigkeit oder Unfähigkeit zum Handeln nicht von dem freien Willen des Einzelnen, sondern von den gesetzlichen Vorbedingungen abhängt, einer Person die Rechte der Minderjährigen nicht verschaffen. (Seufferts Archiv Bd. XIII. nr. 9 [§ 118. 139].)

Die Dauer der Curatel bestimmt sich nach der Dauer der Geisteskrankheit, sie erlischt daher von selbst (ipso jure), wenn der Wahnsinn oder Blödsinn aufhört, ohne daß es dazu eines Decretes der Obrigkeit bedarf. Ist die Geisteskrankheit intermittirend, so bleibt nach einer besonderen Bestimmung l. 6 C. (5. 70) der Curator bis zum Tode des Pflegbefohlenen im Amte, weil es bei solchen Menschen ungewiß, und schwer zu unterscheiden ist, wann sie wieder zu Verstand gekommen, oder lichte Zwischenräume eingetreten sind, und weil ein solcher Mensch sich oft auf der Grenzlinie der Raserei und Gesundheit in der Weise befindet, daß bei einigen die Raserei fast verschwunden zu sein scheint. Indeß muß sich der Curator während der lichten Zwischenräume aller Amtshandlungen enthalten, und hat mithin nur den Namen eines Curators, während der Curand in jenen Zwischenräumen seiner Krankheit nicht allein Erbschaften antreten, sondern auch alle Rechtsgeschäfte so gültig wie jeder Andere, welcher seines Verstandes mächtig ist, vornehmen kann. Verbleibt aber der Geisteskranke in diesem Zustande bis zu seinem Tode, so kann sein Curator die Erbschaft für ihn nicht erwerben, der Erwerb bleibt vielmehr unentschieden. Dem Curator soll aber Besitz und Verwaltung des Erbtheiles zukommen. (l. 7 § 2. 3 C. [5. 70].) Stirbt der Geisteskranke, ohne angetreten zu haben, so wird über seinen Erbtheil so verfügt, als ob er gar nicht gerufen gewesen wäre, oder ausgeschlagen hätte. (l. 7 § 7. 8 C. [5. 70].) Alter und die damit verbundene Geistesschwäche ist kein Grund zur Verhängung einer Curatel [1]).

---

[1]) Dagegen gibt es nicht selten eine Art von Prozeßwahnsinn, welche zwischen der eigentlichen Geisteskrankheit und Verschwendung in Mitte steht, und sich durch unstatthafte Anträge, durch beharrlichen Ungehorsam, durch ungegründete Beschwerden über das Verfahren der Gerichte, durch vorsätzliches, muthwilliges Anfangen von Prozessen, durch den gröbsten Mißbrauch der Rechtsmittel, durch vorsätzliche Verzögerungen und Unwahrheiten, durch Chikanen der verschiedensten Art äußert, und nicht allein die Unfähigkeit zu Geschäften dieser Art nnd bösen Willen zu Tag legt, sondern auch anderseits in die Gefahr geräth, durch Häufung von Kosten das eigene Vermögen zu verschwenden. Hiezu kommt noch der Umstand, daß ein solcher sog. Prozeßkrämer, wenn er einmal im Besitze eines Armuthszeugnisses ist, auch die muthwillig und oft boshaft absichtlich gewählten Prozeßgegner, in die Lage bringt, die ihnen verursachten Prozeßkosten ohne Hoffnung auf Ersatz tragen zu müssen, daß er auf diese Weise höchst gemeinschädlich wird, und die Prozeßgesetze selbst fast keinen Schutz gegen derartige Gefährdungen der Staatsangehörigen bieten.

Wenn nun gleich die Curatel nie das Mittel bieten kann, gesetzwidrige oder unmoralische Handlungen zu strafen, so ist doch einerseits eine solche fortgesetzte Handlungsweise möglicherweise ebensogut Ausfluß einer wirklichen Geisteskrankheit, als einer sinnlosen Verschwendung, jedenfalls aber Grund zum Eintritte des Staatsschutzes im Interesse des öffentlichen Wohles rücksichtlich der von solchen Prozeßwahnsinnigen gegen Andere angestrengten Rechtsstreite. Durch die jeder Curatelstellung vorauszuschickende gründliche Erforschung der obwaltenden Verhältnisse wird sich nun das eine oder andere Moment feststellen, und sich so Veranlassung ergeben die betreffende Person als an einer solchen Manomanie leidend, oder als Verschwender, oder als gemeingefährlich zu erklären. Einen Mittelweg gibt es noch, indem man der betreffenden Person einen Prozeßcurator stellt, welcher autorisirt wird, wie für einen Minderjährigen alle Prozeßangelegenheiten selbstständig zu besorgen.

Wiewohl es zu diesem Verfahren an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung fehlt, so kann doch dessen Rechtmäßigkeit nicht bezweifelt werden, da das größere und umfassendere Recht, jemanden unter Umständen die Verwaltung seines Vermögens ganz zu entziehen, auch das weniger umfassende einer theilweisen Beschränkung in der Disposition in sich begreift, und die in den Gesetzen nicht entschiedenen Fälle nach den für ähnliche Fälle vorhandenen Rechtsregeln zu beurtheilen sind. (Seufferts Archiv Bd. VII. nr. 333 Bd. X. nr. 183.)

§ 136.

d) Ueber den Ehemann.

Das L. R. bestimmt in Tit. IX. § 12, daß über verschwenderische Eltern, wenn sie eine solche Haushaltung führen, daß billige Besorgniß besteht, die Kinder würden nach ihrem Tode nichts übrig behalten, ein Curator nach richterlichem Erkenntnisse bestellt werden soll. Dieser Curator soll im ersten Jahre seines Amtes lediglich Aufsicht halten, und falls dadurch eine Besserung nicht bewirkt wird, soll ihm alsdann die ganze Vermögensverwaltung wie bei minderjährigen elternlosen Kindern übertragen werden.

Gemeinrechtlich kann für einen blödsinnigen und verschwenderischen Mann auch bei Lebzeiten der Frau ein Curator bestellt werden, weil der Frau, solange der Mann lebt, die Vermögensverwaltung nicht zusteht, und die Unterordnung des Mannes unter den Willen der Frau nicht statthaft ist. (Bl. f. R. A. Bd. XVII. S. 159) [1]).

Hieraus folgt, daß die erwähnte Anordnung des L. R. nur dann statt hat, wenn entweder beide Eltern zugleich Verschwender sind, oder wenn es der Mann ist, nicht aber bei Verschwendung oder Geisteskrankheit der Frau (solange nämlich der Mann noch lebt), weil die Frau ipso jure unter dem Mundium des Mannes steht, diese also keines weiteren Vormundes im gegebenen Falle bedarf. (O. A. G. E. vom 21. Januar 1858 Nr. 327 $^{57}/_{58}$.)

Selbstverständlich ist jedoch nach dem Tode des Mannes unter gegebenen Verhältnissen die Curatel auch über die Frau zulässig.

§ 137.

e) Ueber Abwesende.

Nach Tit. V. § 6 des M. L. R. soll über abwesende Kinder (wenn sie elternlos sind) solange eine Curatel bestellt werden, bis sie zurückkehren und großjährig sind, oder ihr Tod in der Fremde dargethan ist. In diesem letzteren Falle soll ihr Vermögen ihren rechtmäßigen Erben zukommen.

Ueber die Frage, wie es mit der Erbschaft eines Abwesenden zu halten ist, resp. über die Frage der Curatel eines Verschollenen, enthält das M. L. R. in Tit. XIV. § 11 noch eine weitere Bestimmung, welche daher mit der Gesetzesstelle Tit. V. § 6 in Wechselwirkung steht. (Vergl. § 286.)

Nach M. L. R. hat also die Curatel über einen Abwesenden zu bestehen, a) jedenfalls bis zu seiner Rückkehr, oder bis zu genügend erbrachtem Nachweise seines Todes, b) auch nach seiner Rückkehr bis zu

---

[1]) Hiebei ist indeß zu beachten, daß Curatelen überhaupt nur da zu bestellen sind, wo es die Umstände dringend erfordern, daß also nicht in jedem Falle der Unfähigkeit des Mannes zur Verwaltung eine Curatel zu bestellen ist, weil der Frau die gewöhnlichen häuslichen Geschäfte, die Erziehung der Kinder 2c. 2c. recht wohl auch bei Lebzeiten des Mannes anheimgegeben werden können, da sie auch nach dem Tode des Mannes Vormünderin und Vermögensverwalterin sein darf.

seiner Großjährigkeit; diese Bestimmung fällt jedoch mit der Vormundschaft über Minderjährige überhaupt zusammen.

Das M. L. R. erwähnt zwar nur die Curatel über abwesende Kinder, allein nach gemeinem Rechte (l. 1 § 4 D. [50. 4], l. 22 § 1 D. [42. 5], l. 12 pr. D. [26 5], l. 2 D. [27. 10], l. 3 C. [8. 51]) ist für das Vermögen jedes Abwesenden eine Curatel zu bestellen, wenn dieser nicht selbst Fürsorge getroffen hat.

Die Curatel des Abwesenden ist gemeinrechtlich nur eine Realcuratel, eine Verwaltung der Güter des Abwesenden, und berührt die persönlichen Bedürfnisse desselben nicht (l. 22 § 1 D. [42. 5] l. 15 pr. D. [4. 6], l. 6 § 2 D. [42. 4], l. 1 § 4 D. [50. 4],) sie wird von der competenten Obrigkeit gemeinrechtlich nur auf Antrag der nächsten Verwandten bestellt. (l. 3 C. [8. 51].)

Hierin weicht das M. L. R. ab, indem es mit den Worten „so sollen über dessen Güter 2c. solange Curatoren bestellt werden" andeutet, daß die Bestellung der Curatel über Abwesende, wie die Vormundschaft über Minderjährige, Pflicht der Obervormundschaftsbehörde ist, wobei allerdings nach § 2 Tit. V. die Verwandten zu einem Antrag auf Eröffnung der Curatel verbunden bleiben, die Bestellung der Curatel selbst aber nicht von diesem Antrage abhängig ist. Der aufzustellende Curator vertritt hier die Stelle eines von dem Abwesenden hinterlassenen Bevollmächtigten.

Für einen abwesenden Haussohn kann der Vater jure proprio, nicht aber in der Eigenschaft als Vormünder handeln, es ist daher nach Gerichtsordnung cap. III. § 6 in not. die Bestellung eines curator absentis weder im Allgemeinen, noch bei Klagen, welche gegen den Haussohn gerichtet sind, nothwendig, indem der Vater dessen gesetzlicher Vertreter ist. (O. A. G. E. vom 17. Juli 1847 Nr. 674 46/47.)

Unter die Abwesenden sind nach gemeinem Rechte auch die Gefangenen zu zählen, weßhalb auch diesen von Amtswegen für ihre Angelegenheiten Vertreter aufgestellt werden müssen. (l. 22 § 1 D. [42. 5], l. 15 pr. D. [4. 6], l. 6 § 2 D. [42. 4], l. 1 § 4 D. [50. 4], l. 6 § 4 D. [26. 1], l. 2 § 30 D. [38. 17].)

Die Pflichten des Curators bestehen in der Obsorge für das Vermögen („den Nachlaß") verbunden mit den nothwendigen Veräußerungen, Anstellung von Klagen, und Vertheidigung der Rechte des Abwesenden, denn ursprünglich hatte diese Curatel nur den Zweck, das Concursverfahren von dem Abwesenden abzuwenden. (l. 6 § 2 D. [42. 5].)

Vor der Rückkehr, oder dem Tode des Abwesenden, womit diese Curatel erlischt, ist gemeinrechtlich eine Erbfolge (bonorum posessio) in dessen Gütern undenkbar, weil dem römischen Rechte eine Todeserklärung fremd ist. Daher beruht auch die Dativcuratel über Verschollene auf anderen Grundsätzen [1]).

---

[1]) Durch die Praxis der deutschen Gerichte ist der Grundsatz geltend geworden, daß die Erben eines Abwesenden auf dessen Edictalladung unter Androhung der Todeserklärung antragen, und die Anordnung einer Curatel über sein Vermögen fordern können. Diese Curatel wurde dann dem nächsten Erben des Verschollenen eingeräumt, ohne Unterschied, ob dieser sein Erbrecht aus einem Testament, oder Erbvertrag, oder aus der Verwandtschaft herleitet. Waren mehrere solcher gleich nahen Varwandten vorhanden, so wurden sie zu Mitcuratoren bestellt

Der Eintritt der Verschollenheits-Curatel im engeren und eigentlichen Sinne setzt übrigens die Vorbedingungen der Verschollenheit voraus, bis dahin wird das Vermögen des Abwesenden der gewöhnlichen Curatel durch Aufstellung eines Vormundes nach Tit. V. § 1 und 6 des M. L. R. unterstellt, welcher auch die gewöhnlichen Verbindlichkeiten hat, außer wenn der Abwesende selbst einen Vermögensverwalter zurückließ. Nur von dieser gewöhnlichen Curatel handelt das L. R. in Tit. V. § 6.

Verschollen ist Jemand nur dann, wenn von seinem Aufenthalte und Leben (nach Tit. XIV. § 11 des M. L. R. seit 25 Jahren) keine Nachricht vorhanden ist. (Seufferts P. R. Bd. I. § 39. — Hillebrand d. P. R. § 15. — Kraut, Vormund. Bd. II. S. 247. — Beseler d. P. R. Bd. I. S. 305.) (Vergl. § 286.)

Eine Ediktalladung ist nach M. L. R. zwar nicht vorgeschrieben, aber in der Praxis als nothwendig befunden und in Uebung. (Erk. des Rev.-Ger. vom 17. Dezember 1755, J. S. Adam gegen Wendel.)

Diese Curatel erlischt, wenn die Vorbedingungen der Verschollenheit aufhören, also wenn der Verschollene zurückkehrt, von seinem Leben Nachricht gibt, einen Geschäftsführer bestellt, oder durch Urtheil für todt erklärt wird. (Bl. f. R. A. Bd. I. S. 344. Bd. XIX. S. 17. 43. 49.)

Für einen Abwesenden kann der Erbschaftsantritt durch einen Curator deßhalb nicht erklärt werden, weil unbekannt ist, ob der Abwesende den Erblasser überlebt habe. Der den Abwesenden treffende Erbtheil ist daher solange curatelmäßig zu verwalten, bis die Vermuthung für das Leben des Abwesenden durch dessen Todeserklärung entkräftet erscheint, wo dann das Vermögen des Erblassers an jene Erben übergeht, welche im Augenblick der angefallenen Erbschaft, d. h. zur Zeit der Todeserklärung jenes Erblassers die nächsten Intestaterben waren. Sind jedoch durch einen Abwesenden Miterben in ihrem Erbrechte beschränkt, und wollen letztere eine Erklärung über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft Seitens des Abwesenden verlangen, so ist der Richter auf Antrag der Interessenten nach Ansicht des O. A. G. zu Darmstadt verpflichtet, den Abwesenden unter dem Rechtsnachtheile des Verzichtes auf sein Erbrecht durch öffentliche Ladung zu dieser Erklärung aufzufordern, und nach fruchtlosem Ablaufe dieses Termines die Erbschaft den sich allein gemeldet habenden Erben zu überlassen. So wurde erkannt vom O. A. G. zu Darmstadt unterm 11. April 1845 und 19. Januar 1847. (Archiv Bd. III. nr. 185.) Auch nach bayer. Ger.-Ord. cap. V. § 3 ist Edictalcitation gegen unbekannt wo Abwesende zulässig, allein wenn die Nichtbeachtung der Ladung nicht blos einen faktischen, sondern einen Rechtsnachtheil, d. h. den Verlust eines Rechtes oder die Fiktion einer Einwilligung nach sich ziehen soll, muß

Diese Verschollenheitscuratel wird als eine anticipirte Erbschaft an dem Vermögen des Verschollenen betrachtet. Demnach ist nicht allein die Fähigkeit zur Uebernahme der Curatel, sondern auch die Verpflichtung zur Cautionsleistung für die Rechte des Abwesenden zu beurtheilen, daher auch die jährliche Rechnungsablage solcher Curatoren hinwegfällt. (Rudorf, Vorm. Thl. I. S. 145—152. — Bülow, Abhandl. Thl. I. nr. 12. — Gesterding, Nachforsch. Thl. I. Nr. 13. 3 S. 338 ff. — Heise und Cropp, Abhandl. Thl. II. nr. 4. 5. — Pfeifer, prakt. Ausführ. Thl. II. S. 261. — Rechtslex. v. Weiske, Bd. III. S. 220. — Rosenkranz, Pflegschaftswesen § 33 S. 75.)

dafür ein besonderes Gesetz oder eine Folgerung aus der rechtlichen Natur der Sache angeführt werden können, was bei Erbrechten, welche nur der Verjährung unterliegen, nicht der Fall ist. Blose Rücksichten der Zweckmäßigkeit begründen das Präjudiz des Verzichtes nicht. (Bl. f. R. A. XIX. 39.) War der Abwesende indeß ein suus et necessarius heres, oder ein Legatar, welcher die Erbschaft ohne Antritt erwirbt, so gehört sie vom Augenblick des Todes des Erblassers an ipso jure zu seinem Vermögen, und geht mit dem Vermögen des Abwesenden an dessen Erben über.

§ 138.

Ende der Vormundschaft.

I. Die Vormundschaft der Minderjährigen endigt:

1) Aus Gründen der Person des Mündels, und zwar

a. Mit dem Eintritt der Großjährigkeit des Mündels. (Tit. V. § 13 des M. L. R.)

In diesem Falle hört die Vormundschaft von selbst auf, ohne daß es dazu der förmlichen obrigkeitlichen Entlassung aus der Curatel bedarf [1]). Der klare Wortlaut des § 13 stimmt hierin auch mit dem gemeinen Recht pr. J. (1. 23) l. 1 § 3 D. (4. 4) überein. Mit dem Momente des zurückgelegten 21. Lebensjahres beginnt die Fähigkeit des Minderjährigen, über sein Vermögen zu verfügen, wenn nicht ein anderer Grund, z. B. Geisteskrankheit, Abwesenheit, die Fortsetzung der Curatel nothwendig macht [2]).

---

[1]) Die vorgeschriebene Pflegschaftsentlassung hat einen formalen Grund, sie enthält die Ueberweisung des Vermögens an den seitherigen Pflegling und dessen Belehrung über das Resultat der Vermögensverwaltung durch Rechnungsstellung, oder über die Ursachen, aus welchen für denselben kein Vermögen ermittelt werden konnte.

[2]) Die Verordnung vom 13. Juli 1815, die Geschäftsanzeigen der Untergerichte betreffend (Regier.-Bl. 1815 S. 457), verfügt allerdings, daß die Gerichte die Pflicht haben, bei Pflegschaften Minderjähriger nach erlangter Großjährigkeit eines jeden Pflegbefohlenen von Amtswegen Alles vorzukehren, was zur Ausantwortung des Vermögens gemäß der Schlußrechnung erforderlich ist, allein das Dekret über die Enthebung des Vormundes von seinen Pflichten, und die Entlassung des Curanden aus dem Vormundschaftsverbande gehört, sowie die Ablegung der Schlußrechnung und deren Prüfung und Genehmigung, nur zum Vollzuge des Gesetzes, und hindert das rechtliche Aufhören der Vormundschaft nicht. (O. A. G. E. vom 9. August 1851 Nr. 138⁴⁸/₄₉.)

Sind indeß besondere Gründe vorhanden, welche die Anordnung resp. Fortdauer einer Curatel erfordern, so wird mit dem Eintritte der Großjährigkeit nur die Vormundschaft über Minderjährige als solche erledigt, sie geht alsdann in eine andere Art der Curatel über. Endigt sich auf diese Weise die Vormundschaft während eines für den Mündel durch den Vormund geführten Rechtsstreites, so ist die Fortsetzung und Beendigung der von dem Vormunde angefangenen Geschäfte nach denjenigen Regeln zu beurtheilen, welche unter gleichen Umständen beim Mandat gelten, und es müssen hiernach alle Prozeßhandlungen des Vormundes zu Recht bestehen, so lange das Gericht und die Gegenpartei nicht von dem Aufhören der Vormundschaft in Kenntniß gesetzt wurden, und so lange nicht der großjährig Gewordene die für ihn angefangenen Geschäfte selbst übernimmt, weil letzterer, so lange er dieses nicht thut, so anzusehen ist, als ob er die Handlungen des Vormundes auch weiter stillschweigend genehmiget habe. Es kann nämlich weder dem Gerichte, noch der

b. Durch Verheirathung. Nach den Bestimmungen des Tit. V. § 13 des M. L. R. wird der Vormund „seiner Curatel los", so bald sich eine Person verheirathet, und es ist in dieser Stelle nicht unterschieden, ob diese Person männlichen oder weiblichen Geschlechtes sei; es ist nur im Allgemeinen bestimmt, daß, wenn über einen Minderjährigen eine Vormundschaft besteht, diese mit der Verehlichung desselben sich auflöst, gleich wie sich mit der Verehlichung von Hauskindern die elterliche Gewalt endiget. Offenbar ist diese Bestimmung bezüglich der minderjährigen Ehefrauen aus dem deutschrechtlichen Verhältnisse des ehlichen Mundiums (§ 81 B ad b in not.) in das M. L. R. übergegangen, weil sich die Curatel in die ehliche Vogtschaft des Mannes verändert, und es läßt sich schon nach Maßgabe dieses Ursprunges das Aufhören der Curatel nicht mit einer Volljährigkeitserklärung gleichbedeutend auffassen. Dieses geht auch aus dem Publikationsedikte des M. L. R. hervor, welches den Grundsatz aufstellt, daß es, soweit keine ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung geschehen sei, bei dem gemeinen Rechte sein Verbleiben habe, und ebenso muß nach den gewöhnlichen Regeln der Auslegung angenommen werden, daß die fragliche Vorschrift des M. L. R. über das Aufhören der Vormundschaft bei Verehlichungen, da sie eine Abweichung vom gemeinen Rechte enthält, als fragmentarisches und korrektorisches Gesetz über den Wortlaut nicht ausgedehnt werden kann, und demnach der Minderjährige durch die Verehlichung der Rechtswohlthat jener Restitution, welche das Gesetz lediglich an den Mangel der Großjährigkeit knüpft, nicht verlustig wird.

Durch die Beendigung der Vormundschaft kommt sofort die minderjährige Frau nur in die Lage, des Vormundes entbehren zu können, und Rechtsgeschäfte mit derselben Wirksamkeit und Verbindlichkeit unter Beistandschaft ihres Ehemannes mit Dritteren einzugehen, als wenn sie vor ihrer Ehe unter Zuziehung ihres Vormundes abgeschlossen worden wären.

Wie nun gesetzlich im Falle einer Benachtheiligung dem Minderjährigen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingeräumt ist, so gestattet auch für den Minderjährigen die vermöge seiner Verheirathung eingetretene selbstständige Handlungsfähigkeit (falls nicht eine Großjährigkeitserklärung hinzukommt), (M. L. R. V. § 14), für sich allein

---

Gegenpartei zugemuthet werden, sich von dem Augenblicke der eintretenden Großjährigkeit blos deßhalb Kenntniß zu verschaffen, um nicht der Gefahr eines ungültigen Verfahrens ausgesetzt zu sein.

Nach römischem Rechte kann zwar der Großjährige den für ihn während seiner Minderjährigkeit begonnenen Prozeß übernehmen, andernfalls ist jedoch der Vormund verpflichtet, bis zur Rechnungsstellung und Auslieferung an den Volljährigen den Prozeß fortzuführen. l. 5 § 6 D. l. 39 § 12 D. (26. 7) l. u. C. (5. 48) l. 10 C. (7. 62.)

Durch eine Entschließung der vormaligen fürstl. Leiningen'schen Justizkanzlei zu Amorbach vom 6. August 1818 wurde zwar bezüglich der Gerichte Amorbach und Miltenberg angeordnet, daß das Vermögen der großjährig gewordenen Curanden an diese erst auf Antrag der Interessenten ausgeantwortet werden soll, und in Folge J. M. E. vom 26. November 1820 sollte dieses im Landgerichtsbezirke Alzenau erst bei Ansässigmachung solcher Curanden geschehen, wenn durch frühere Extradition für dieselben oder die Gemeinden ein Nachtheil zu besorgen war; allein diese Anordnungen werden längst nicht mehr beachtet, und entbehren auch der rechtlichen Grundlage.

keinen Schluß auf eine Beseitigung der Rechtswohlthat der Restitution, denn die letztere setzt gerade voraus, daß die Aenderung des Rechtszustandes, welche die Benachtheiligung des Minderjährigen in sich schließt, auf eine an sich gültige Weise zu Stande gekommen sei. (l. 16 pr. § 2 D. [4. 4] l. 3 C. (2. 22) l. 2. 3 C. [2. 25].)

Ohne diese Voraussetzung würde es einer Restitution gar nicht bedürfen, dieselbe wäre vielmehr unstatthaft, weil dann durch die gewöhnlichen Klagen Abhülfe geschafft werden kann.

Obgleich nun die Verehlichung einer minderjährigen Person die Rechte der Großjährigkeit nicht verleiht, sondern hiezu noch nach Tit. V. § 14 des M. L. R. die vom Staatsoberhaupte ausgehende Großjährigkeitserklärung erforderlich ist, so gewährt doch die Verehlichungserlaubniß an und für sich die Befugniß, eine selbstständige bürgerliche Existenz durch Heirath zu begründen, und enthält das Anerkenntniß, daß die, obgleich minderjährigen Gatten, in ihrem Rechtsverkehre eines ständigen vormundschaftlichen Beistandes nicht mehr bedürfen, weil die Führung einer eigenen Wirthschaft durch die Befähigung zum selbstständigen Handeln bedingt erscheint.

Aus diesen Sätzen wird nun von der neueren Praxis gefolgert, daß die minderjährige Frau sich nach M. L. R. unbedenklich, selbst ihrem Manne gegenüber rechtswirksam verpflichten, und selbst ohne Beiziehung eines Curators einen Ehe- oder Erbvertrag mit ihm schließen könne, wobei ihr jedoch als Schutzmittel die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit zur Seite stehe. (A. G. E. vom 12. Mai 1865 Nr. 310. — O. A. G. E. vom 27. Oktober 1865 Nr. 927⁶⁴/₆₅.)

Diese Annahme der beiden Gerichtshöfe unterliegt jedoch folgenden Bedenken. Wenn man annimmt, daß minderjährige Eheleute durch die Ehe die Großjährigkeit, folglich auch die Rechte großjähriger Personen nicht erlangen, so muß man zugeben, daß sie den Rechtsverhältnissen der Minderjährigen unterworfen bleiben, denn einen Mittelzustand gibt es in rechtlicher Beziehung und mit Rücksicht auf die Handlungsfähigkeit einer Person nicht. Mag auch in der Verehlichungserlaubniß der Ausspruch liegen, daß die betreffende Person tauglich zur Besorgung gewöhnlicher Haushaltungsgeschäfte erscheine (in persönlichen Angelegenheiten ist ja auch ein Minderjähriger selbstständig zu handeln berechtigt [§ 113]), so steht dieser rein polizeiliche Akt, dem auch ganz andere Erwägungen zu Grund liegen können, doch keinesfalls der nach Tit. V. § 14 durch den Regenten zu ertheilenden venia aetatis gleich, deren Gewährung an die Erfüllung und den Nachweis weit strengerer Vorbedingnisse geknüpft ist, als die Verehlichungserlaubniß. Daß aber nach den Gesetzen die Ehe an und für sich nicht unbedingt zum selbstständigen Handeln privilegirt, beweist der Umstand, daß auch verehlichte Verschwender wieder in die Kategorie der Minderjährigen zurückversetzt und unter Curatel gestellt, d. h. für Handlungsfähige bezüglich ihres rechtlichen Verkehres nach Außen erklärt werden können. (§ 133.) Der Umstand, daß die Frau aus der gesetzlichen Tutel unter das Mundium ihres Ehemannes durch die Heirath gelangt, bewirkt allerdings, daß das sonst nöthige Vollwort ihres Vormundes durch die Zustimmung ihres Ehemannes ersetzt wird, wenn dieser selbstständig ist; dieses Verhältniß kann aber nur auf Rechtsgeschäfte der Frau oder beider Gatten mit Dritteren angewendet werden; so wenig der Vormund mit seinem Mündel, ohne

Hinzutritt eines Special-Curators für diesen, rechtsverbindlich handeln kann (§ 127 nr. 8), ebensowenig kann es der Ehemann, so lange er den Vormund seiner minderjährigen Frau repräsentiren muß. Wird zu solchen Verträgen kein Curator für die bestimmte Handlung des minderjährigen Gatten beigezogen, so sind diese Rechtsgeschäfte schon in ihrer Entstehung nichtig, und bedürfen daher des außerordentlichen Rechtsmittels der Restitution nicht. (l. 16. pr. D. [4. 4].)

Daß dieses Verhältniß vom M. L. R. in der entwickelten Weise aufgefaßt wurde, geht unzweifelhaft aus der kurfürstl. Verordnung vom 15. Januar 1785 § 5 (s. Beil. zu Tit. XIX. vergl. § 307 nr. 16) hervor, wornach die minderjährige Frau, wenn sie mit ihrem Ehemanne eine Hypothek bestellt, d. h. durch Verzicht auf ihre Rechtswohlthaten zugleich mit dem Ehemanne selbst ein Rechtsgeschäft eingeht, hiezu eines besonderen Vormundes bedarf, und noch außerdem sogar auf die Rechtswohlthaten der Minderjährigen (beneficium restitutionis, Höpfner, Comm. § 48 nr. 3) verzichten muß.

Unbedenklich ist es ferner, daß das Vermögen minderjähriger Frauen bei ihrer Verheirathung dem zur Uebernahme der Verwaltung geeigneten Manne ausgehändigt wird.

In diesem Sinne wurde eine Anfrage von dem k. Appellationsgerichte am 12. Juli 1843 Nr. 4375 über das bei Verehlichung minderjähriger Curanden rücksichtlich der Auflösung und Auslieferung der Pflegschaft zu beobachtende Verfahren entschieden.

Wird die Ehe einer Minderjährigen vor ihrer Großjährigkeit wieder aufgelöst, so fällt auch für die Frau der Grund des Aufhörens der Curatel (das Mundium des Mannes) hinweg. Es ist derselben daher selbst dann, wenn ihre Eltern noch leben, wieder ein Curator beizugeben, weil die elterliche Gewalt durch Heirath für immer gelöst wird. (Seufferts Archiv Bd. XVI. nr. 96.)

c. Durch venia aetatis, Großjährigkeits-Erklärung. Diese wird nach M. L. R. Tit. V. § 14 vom Landesherrn ertheilt, ist aber von dem erreichten 20. Lebensjahre und von dem Nachweise eines solchen Verhaltens abhängig gemacht, daß daraus geschlossen werden kann, die betreffende Person besitze die Fähigkeit, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu ordnen. Die Ertheilung der venia aetatis ist auch überhaupt in Bayern nach der Formations-Verordnung vom 9. Dezember 1825 § 35 (Regier.-Bl. S. 995) vom Regenten zu erwirken — die Instruktion der Gesuche und deren Vorlage ist den Staatsanwälten übertragen.

d. Die Curatel erlischt selbstverständlich durch den Tod des Mündels, welcher indeß den Vormund von der Pflicht, über seine Amtsführung Schlußrechnung zu stellen, nicht befreit.

e. Durch Auswanderung. (§ 119 not.)

2) In der Person des Vormundes endigt sich die Vormundschaft:

a. Durch den Tod des Vormünders.

b. Durch dessen freiwilliges Abtreten von der Vormundschaft, wenn ihm hiezu die § 120 und 121 erwähnten Entschuldigungsgründe zur Seite stehen.

c) Durch gerichtliche Entsetzung aus den § 122 angeführten Ursachen.

Nach beendigter Vormundschaft ist der Vormund, oder sind dessen Erben verbunden, Schlußrechnung abzulegen. (M. L. R. Tit. V. § 11.) Nach Prüfung dieser Rechnung und nachgewiesener Pflichterfüllung kann der Vormund Befreiung von seinen Obliegenheiten und Haftungsverbindlichkeiten, sowie Ausstellung einer gerichtlichen Urkunde darüber (Absolutorium) verlangen, worin zugleich zu erwähnen ist, daß der Vormund das Vermögen des Mündels, und in welcher Größe ausgeliefert habe.

II. Die Vormundschaften überhaupt endigen, sobald der Grund der Bestellung hinweggefallen, dieses von der Behörde constatirt, und sofort die Auflösung ausgesprochen ist.

§ 139.

Gerichtliches Verfahren.

Die Anordnung einer Curatel geschieht entweder auf Antrag der Verwandten, oder anderer Betheiligten, oder der zu bevormundenden Person selbst, oder von Amtswegen; immer aber muß, den Fall der Minderjährigkeit ausgenommen, da es sich um Beschränkung des höchst wichtigen Rechtes der Dispositionsfähigkeit handelt, der unter Curatel zu Stellende, oder Namens seiner ein Curator mit Erinnerungen gehört werden, wobei die Erhebung sachdienlicher Aufklärungen Officialsache ist. Die Unterlassung dieser Erfordernisse begründet für den unter Curatel Gestellten ein Beschwerderecht und Nichtigkeit des Verfahrens. (O. A. G. E. vom 8. Juni 1841, Nr. 719 $^{40}/_{41}$.)

Ein derartiges Interdiktionsverfahren ist Sache der Curatelbehörde, und kann nicht auf den Rechtsweg gebracht werden, denn es handelt sich nicht um ein Verhältniß des Privatrechtes, oder um ein civilrechtliches Interesse, der Antragsteller wird nicht Partei mit freier Befugniß der Disposition über den streitigen Gegenstand und das Verfahren. (O. A. G. E. vom 3. Februar 1844, Nr. 717 $^{42}/_{43}$.)

Da indeß das Verfahren von Amtswegen geschieht, so ist der Einfluß Dritterer nur auf die Anzeige und Beibringung des Beweismaterials dazu beschränkt, eine Beschwerde bezüglich der richterlichen Entscheidung steht ihnen nicht zu, ebensowenig der Frau, wenn es sich um die Curatelstellung ihres Mannes handelt. Die Frau mag allerdings durch Verschwendung und schlechte Haushaltung des Mannes in ihrem Vermögen gefährdet sein, als Partei gegen diesen kann sie aber nur auftreten, indem sie die Sonderung und Sicherstellung ihres Eheeinbringens im Civilrechtswege verlangt. Die Aufstellung eines Curators über den Ehemann ist dagegen auch für sie kein durch selbstständige Klagstellung oder Beschwerdeführung verfolgbares Recht. (O. A. G. E. vom 30. September 1856, Nr. 1406 $^{55}/_{56}$.) Dritteren steht daher auch kein Beschwerderecht wegen Aufhebung der Curatel zu. (O. A. G. E. vom 13. Juli 1860, Nr. 1217 $^{59}/_{60}$.)

Die Curatelstellung, obgleich ein richterlicher Akt, fußt nicht auf vorausgegangenen Streitverhandlungen, erlangt deßhalb auch keine Rechtskraft, und kann sohin wieder zurückgenommen werden. Insbesondere kann auch der, welcher sich freiwillig der Curatel unterstellt hat (§ 118 u. § 133), seinen Antrag jederzeit wieder zurücknehmen, wodurch

sich sein Vertragsverhältniß zu dem Curator wieder löst. In einem solchen Falle bleibt es jedoch Pflicht der Curatelbehörde, wie in allen Fällen, zu untersuchen, ob der Fall einer Einschreitung von Obervormundschaftswegen gegeben ist, und darauf hin weiteren Beschluß zu fassen, denn bei jeder Curatelstellung ist zu erwägen, daß dieselbe keineswegs von der Willkühr der Obervormundschaftsbehörde abhängt, sondern nur da stattfinden kann, wo in der That Personen als des Schutzes bedürftig vom Gesetze erklärt, und damit die Gerichte veranlaßt sind, ihre Thätigkeit zu entwickeln (§ 134 n.).

Es unterliegt ferner keinem Bedenken, daß das Gericht sowie bei Anordnung auch bei der Aufhebung der Curatel von Amtswegen einschreiten kann, und daß es ebenso dem Curator, wie den Verwandten zusteht, das Gericht von der veränderten Sachlage in Kenntniß zu setzen. Die Befugniß, durch den Nachweis seiner Besserung die Aufhebung der Curatel zu verlangen, kann aber auch dem Curanden nicht versagt werden, sowie das Recht der Beschwerdeführung an die höhere Curatelbehörde, wenn seinen Anträgen nicht entsprochen wurde. Der Curand verliert zwar gleich dem Minderjährigen das Recht, sich selbst bei Gericht zu vertreten, allein sein Auftreten hat hier kein Rechtsgeschäft zum Gegenstand, welches in das Gebiet der Verwaltung des Curators fiele, sondern es richtet sich dieses vielmehr gegen die Grundlage des Curatelverhältnisses selbst, und es liegt kein Grund vor, dem Curanden unmittelbares Gehör zu versagen, wenn er behauptet, die Voraussetzung seiner Interdiktion sei jetzt hinweggefallen, und er müsse deßwegen in den Vollgenuß seiner persönlichen Rechte wieder eingesetzt werden. (O. A. G. E. vom 4. November 1856, Nr. 1673 55/56. — Glück, Com. Bd. 30 S. 222.)

Auch das Interdiktionsverfahren gegen Verschwender und Geistesschwache ist ein Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit, obwohl in einem Rechtsstreite die Frage erörtert werden kann, ob Jemand wahnsinnig oder Verschwender sei, und diese Erörterung dann auch als Grundlage zur Bestellung oder Aufhebung einer Curatel dient, z. B. wenn es sich um Sicherheitsleistung des Mannes für das Zubringen der Frau handelt, weil er ein Verschwender ist, kann dann im Interesse der Kinder die Curatelstellung nach Tit. IX. § 12 auf Grund jenes Rechtsstreites angeordnet werden.

Außerdem setzt der Antrag auf Curatelstellung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung keine förmliche Klage voraus, sondern blos die Anregung der Vorfrage, ob Jemand geisteskrank oder Verschwender sei, und ob deßhalb die Bestellung der Curatel nothwendig werde. Diese Vorfrage wird aber im Wege der Erkundigung erörtert, und durch einen Beschluß der Vormundschaftsbehörde erledigt, gegen welchen als Rechtsmittel eine Extrajudicialbeschwerde gegeben ist. (O. A. G. E. vom 15. Juni 1860, Nr. 820 59/60. — O. A. G. E. vom 23. April 1860, Nr. 669 59/60 [1]).

---

[1]) Schon durch das römische Recht (l. 6 D. [27.10]) ist die vollständigste Untersuchung der Sache (plenissima causae cognitio) vorgeschrieben, bevor der Richter eine Curatel anordnen darf. Dazu gehört namentlich auch Erhebung des Vermögensstandes und dessen Verminderung durch angebliche Verschwendung, genaue Ermittlung der deßfallsigen Behauptungen der Betheiligten nach Thatsachen, sowie Vernehmung des zu Interdicirenden mit seinen Erinnerungen. Da die Anordnung einer Curatel Officialsache ist, zum officium judicis gehört, so kann auch bei etwaiger Mangelhaftigkeit einer Anzeige diese nicht wie eine Klage wegen mangelhafter Substanzirung abgewiesen werden. (A. G. E. vom 24. Oktober 1846, Nr. 32.)

Als Mittel, der angeordneten Curatel (außer dem Falle der Minderjährigkeit) die Wirkung zu sichern, bedient sich die Obervormundschaft öffentlicher Bekanntmachungen, in welchen der Grund und Zweck der Curatelstellung anzuführen ist, und welche als Warnung für Drittere dienen sollen, welchen der geschäftliche Verkehr mit dem Curanden Nachtheile bringen könnte, weil die Ungültigkeit aller Rechtsgeschäfte, welche ohne Zuziehung des Curators geschlossen werden, damit verknüpft ist [1]).

§ 140.

Vormundschaft über außerehliche Kinder.

Ueber die Vorsorge für außerehliche Kinder enthält das M. L. R. keine ausdrücklichen Bestimmungen, so daß also die Bestimmungen des gemeinen Rechtes zur Anwendung zu kommen haben. Es könnte zwar den Anschein gewinnen, daß bei außerehlichen Kindern die Mutter die natürliche Vormünderin sei, nachdem das M. L. R. Tit. V. § 1 die Vormundschaft der Mutter für zulässig erklärt, allein das M. L. R. spricht überall nur von ehlichen Kindern, und gemeinrechtlich besteht zwischen diesen und dem außerehlich Gebornen, solange sie nicht die Rechte ehlicher Kinder durch nachfolgende Ehe ꝛc. ꝛc. erlangt haben, ein merklicher Unterschied, denn die unehlichen Kinder gehören einer, nur durch die Ehe möglichen Familie nicht an, also erlangt auch die Mutter über dieselben keine ehliche Gewalt, welche ihrer Vormundschaft zu Grund liegen muß. Der außerehliche Vater hat ohnedieß keine Rechte, sondern nur Pflichten, nämlich jene der Alimentation gegen das außerehliche Kind. Die Vormundschaft ist daher über minderjährige unehliche Kinder auch bei Lebzeiten ihrer Mutter nothwendig. Damit sind aber der Mutter die aus der Geburt fließenden Erziehungsrechte und Pflichten keineswegs abgenommen, die Vormundschaft wird sich daher zunächst um die Aufsicht auf die

---

1) Darüber, daß diese Prodigialitätserklärung von dem Gerichte öffentlich auszuschreiben ist, kann für Bayern gemäß art. 48 des Notariatsgesetzes vom 10. November 1861 kein Zweifel bestehen, indem dort verordnet wird, daß im Geschäftslokale eines jeden Notars ein Verzeichniß derjenigen Personen offen liegen soll, welche in dem betreffenden Bezirke wegen Verschwendung, Geistes- oder Körperschwäche unter Curatel gestellt sind. Die Einträge in diese Verzeichnisse sollen unmittelbar nach dem öffentlichen Ausschreiben in dem dazu bestimmten amtlichen Blatte (Kreisamtsblatt) gemacht werden. Diese Bestimmungen wären nicht ausführbar, wenn die öffentliche Bekanntmachung unterbleiben dürfte. Soll aber diese Bekanntmachung einen Zweck haben, so muß man annehmen, daß sie Dritteren gegenüber erst von dem Momente der Veröffentlichung an ihre rechtliche Wirkung äußern; denn durch sie wird das Publikum erst vor dem Verschwender als einer dispositionsunfähigen Person gewarnt, und gleichwie der Notar, in dessen Verzeichniß die verhängte Curatel noch nicht eingetragen ist, keinen Anstand nehmen kann, Rechtsgeschäfte des Interdicirten zu verbriefen, so ist auch für jeden Dritten kein Hinderniß vorhanden, mit demselben rechtsverbindliche Verträge zu schließen. Dieses gilt auch, wenn die wegen eingetretener Großjährigkeit erloschene Curatel wegen Verschwendung fortgesetzt werden soll.

Eine Ausnahme wäre nur dann zu machen, wenn der Dritte vor der Veröffentlichung in sonstiger Weise Kenntniß von der angeordneten Curatel erlangt hätte, und dadurch in bösen Glauben versetzt wäre; dann könnte wegen des unterlaufenen dolus das Rechtsgeschäft nicht aufrecht erhalten werden. (M. L. R. XXXII. § 2. — l. 26 D. [18. 1], l. 12 D. [34. 3] — O. A. G. E. vom 17. Juni 1865, Nr. 717 64/65.)

Erziehung, und die Beschaffung der nöthigen Unterhaltsmittel zu bekümmern haben. Zu der letzteren Obliegenheit gehört auch die Erforschung des Vaters, wenn nur dadurch es möglich wird, den Ansprüchen des Kindes auf die gebührenden Alimente Geltung zu verschaffen. (O. A. G. E. vom 10. Juli 1858, Nr. 359 57/58.)

§ 141.

Special-Curatelen.

Special-Curatelen haben ihren Grund in der Repräsentation des Mündels durch den Vormund, welche verhindert, daß zwischen beiden ein zu Recht bestehender Vertrag geschlossen werden kann. Dieses Rechtsverhältniß gilt natürlich nicht blos für den eigentlichen Vormünder, sondern überhaupt für alle Personen, in deren Obhut sich eine Person befindet, also auch bezüglich der Eltern, sobald die Interessen beider Personen mit einander in Collision gerathen, und daher der eine Theil nicht auch die andere repräsentiren kann. Diese Special-Curatelen sind daher vorübergehender Natur, sie können nur so lange dauern, als der eigentliche Vormünder oder Gewalthaber am Handeln verhindert ist, sei es aus äußeren Gründen wegen Krankheit oder Abwesenheit, sei es wegen innerer Gründe wegen Betheiligung bei der Sache. Außerdem gelten aber für den Special-Vormund dieselben Bestimmungen rücksichtlich seiner Aufstellung, seiner Geschäftsführung und Haftung. (l. 50 D. [36. 1], l. 8 pr. § 1. C. [6. 61] Nov. 117 cap. 1.) Aus inneren Gründen wird die Aufstellung eines Special-Curators für minderjährige Kinder nach M. L. R. vorzüglich nothwendig bei Errichtung der Einkindschaft Tit. II. § 6, und bei Erbtheilungen nach dem Tode des leiblichen Elterntheiles zwischen den Vorkindern und Stiefeltern, weil den letzteren der Beisitz an dem Vermögen der Vorkinder nach Tit. VII. § 2 und Verordnung vom 6. August 1799 nicht zukommt, während dagegen mit den leiblichen Eltern erst bei deren Wiederverehlichung durch die Inventur (M. L. R. Tit. VI. § 1) eine Scheidung des Vermögens eintritt, die Auslieferung aber erst bei der Versorgung der Kinder stattfindet, wobei die leiblichen Eltern, selbst ihren minderjährigen Kindern gegenüber, keine Rechnung abzulegen schuldig sind (Tit. VI. § 5). Im Uebrigen sind die hauptsächlichsten Fragen über Special-Curatelen oben bei der Abhandlung über die Vormundschaft der Minderjährigen schon erwähnt (§ 132).

Titulus VI.

Von Inventarien.

§ 1.

Wer ein Inventarium zu machen schuldig, und wie

„Wann eine Person aus erster Ehe Kinder hätte, und „zur weiteren Ehe schreiten würde, so solle vor würklich an-„getrettener andern Ehe ein gerichtliches Inventarium errichtet „werden, und muß alsdann dasjenige, so inventiren lasset, „alles vermittelst Hand-Gelöbnuß an Aydes statt oder nach „Richterlicher Ermäßigung, würklich erstatteten Ayds, getreu-„lich anzeigen, und offenbahren, was es anitzo habe an „liegend- und fahrenden Güter, auch an Activ- und Passiv-„Schulden, sodann was sein abgelebter Ehegenoß hinterlassen, „und was es von daran bis auf die Wieder-Verehlichung „davon verbracht habe, jedoch hat es hiebei sein Bewenden, „die Churfürstl. Räthe, die Dicasterial und andere in Officio „honorabili stehende Personae honoratiores, auf geziemendes „suppliciren und erhaltene Erlaubnuß, statt eines Inven-„tarii, juratam specificationem, so von ihnen eigenhändig „unterschrieben, verschlossener übergeben können."

von der Specificatione jurata.

§ 2.

Ohne dieses ist keine Copulation vorzunehmen.

„Solle der Pfarrer solche Leute ehender nicht copu-„liren, sie hätten dann ihm zuvor ein gerichtliches Attestat „beigebracht, daß würklich alles inventirt und befolget seie."

§ 3.

Wann die Mutter heurathet, was ein Vormund zu beobachten.

„Wann sich eine Frau wieder verehlichet, soll bei der „Inventarisation ihren Kinderen ein Vormunder gestellet „werden, welcher zwar so lang diese Mutter lebt, nichts unter „Handen bekommen, jedoch obacht haben solle, daß diese Ehe-„leute nicht eine verschwenderische Haushaltung führen, und „deren Kinder Haus und Güter verderben lassen, sonsten er „dieses bei Gericht anzuzeigen, und deren Kinderen Erb-„Portion zu verwalten schuldig sein solle."

§ 4.

Nur ein Gerichtsperson und actuarius errichten Inventaria.

„Sollen, um unnöthige Kösten zu vermeiden, die gerichtliche Inventarisationen errichtet werden durch eine Gerichts-„Person, welche von Schultheißen oder Gericht hiezu beordert „worden, mit Zuziehung des Ortsgerichts-Schreibers oder „veraydigten Actuarii."

§ 5.

Die den Nießbrauch haben, sind es vor zweiter Ehe nicht schuldig.

„Die Eltern, welche in ihrer Kinder Gütern den Usum-„fructum oder Nießbrauch haben, seind zu keiner Inventur „noch Rechnung verbunden, so lange sie nicht in die zweite „Ehe schreiten."

---

§ 142.

Begriff des Inventars.

Inventarium heißt im Allgemeinen ein Verzeichniß gewisser, in irgend einer Beziehung unter dieselbe Kategorie gehörigen Sachen; im gesetzlichen Sinne bedeutet es ein in der vorgeschriebenen Form angefertigtes Vermögensverzeichniß. (l. 24 C. [5. 37], l. 7 § 5 C. [5. 70]. — Glück, Comentar Bd. 11 § 729 S. 40. — Bd. 30 § 1330 S. 184. — Bd. 41 § 1468 S. 356. — Reichs-Polizei-Ordnung von 1577 Tit. XXXII. § 3.)

Nach der Gesetzessprache ist indeß eine solche Privataufzeichnung kein eigentliches Inventar; wird sie jedoch von dem Verfertiger durch einen Eid bekräftigt (specificatio jurata), so vertritt sie gemeinrechtlich, und auch nach M. L. R. dessen Stelle. (l. 2 C. [10. 34] Nov. 48 cap. 1 pr. — M. L. R. Tit. VI. § 1 Tit. XVI. § 12) [1]).

Die gemeinrechtlichen Grundsätze hat das M. L. R. in Tit. VI. § 1 u. 2 und Tit. VII. § 7 dahin angewendet, daß der zur weiteren

---

[1]) Gemeinrechtlich ist ein solches Inventar von jedem Verwalter fremden Vermögens, welcher zur Rechnungsablage verbunden ist, von jedem Geschäftsführer, von jedem, der einen Complex von Gegenständen in Verwahrung, und auszuliefern hat, zu fertigen, und jenen Personen herauszugeben, welchen jene Ansprüche an ihn zustehen. (l. 7 pr. und l. 24 pr. C. [5. 37], l. 22 § 14 C. [6. 30], l. 32 C. [1. 3], l. 13 pr. C. [5. 51], l. 7 § 5 C. [5. 70]. — Glück, Com. Bd. 5 § 423a S. 374.)

Die Errichtung des Inventars muß noch vor Beginn der Verwaltung geschehen, um Sicherheit über Stand und Größe des Vermögens und eine zuverlässige Grundlage für die künftige Rechnungsablegung zu erhalten. (Glück, Com. Bd. 30 S. 184.)

Daher ist auch der Prozeß über die Verbindlichkeit zur Errichtung und Herausgabe des Inventars blos ein präparatorischer. Da der zur Inventur Verpflichtete durch seine Weigerung dem Berechtigten den Beweis über die Größe des Vermögens entzieht, wird jenem dolus zugemessen, und dieser zur Würdigung seines Schadens durch das juramentum in litem (Würdigungseid) zugelassen. (l. 7 pr. C. [5. 37], l. 22 § 14 C. [6. 30] — Glück, Bd. 12 § 813 S. 409 Bd. 30 § 1330 S. 194)

Ehe schreitende Gatte, wenn Kinder aus erster Ehe vorhanden sind, vor der Copulation, also bevor eine neue Gütermasse mit der Gütermasse der Vorehe vermischt wird ein Inventar zu errichten schuldig ist, und daß er im Unterlassungsfalle den Vortheil des Nießbrauchs verliert, und dann auch als bloser Güterverwalter zur Rechnungsstellung und Caution verbunden ist, weil das M. L. R. Tit. VI. § 5 und VII. § 9 diese Maßregeln nur jenen Eltern erläßt, welche den Nießbrauch haben, andernfalls also gemeinrechtlich die Pflicht der Rechnungsstellung und Sicherheitsleistung eintreten muß.

Aus dem Begriffe des Inventares folgt auch sein Zweck, welcher darin bestehen muß, die den Vorkindern erbrechtlich vom verstorbenen Elterntheile angefallenen Güter in Natur von dem Vermögen der weiteren Ehe zu unterscheiden, mögen jene aus dem Zubringen, oder aus dem Errungenschaftsantheile bestehen [1]).

§ 143.

Zeitpunkt, auf welchen das Inventar zu richten ist.

Unter Inventur versteht das M. L. R. Tit. VI. § 1 die Angabe des zur weiteren Ehe schreitenden Gatten, und zwar: a) des eigenen beweglichen und unbeweglichen Vermögens, der Aktiven und Passiven desselben; b) der Hinterlassenschaft des verlebten Ehegenossen, und dessen, was davon bis zur Wiederverehlichung verbraucht wurde. (O. A. G. E. vom 6. Juli 1847 Nr. 6262.)

Das Inventar hat also einen doppelten Zweck, nämlich:

1) Die Feststellung des eigenen Vermögens des zur weiteren Ehe schreitenden Gatten zur Zeit der Inventarerrichtung „was es anitzo habe", um daraus den Nachweis seines Einbringens in die weitere Ehe zu bilden.

2) Die Feststellung des Vermögens der Kinder erster Ehe, als deren Erbtheil an dem Vermögen des verstorbenen Gatten sowohl bezüglich des Zubringens, als bezüglich der Errungenschaft oder Einbuße erster Ehe. (Erk. des Rev.=G. vom 12. Juni 1799, J. S. Klug gegen Fischer. — Erk. des Rev.=G. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Hahn. — Erk. des Rev.=G. vom 18. Juni 1784, J. S. Kalkhoff gegen Straub. — Erk. des Rev.=G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

---

[1]) Das Wesentliche einer Inventarerrichtung besteht in einer glaubwürdigen, unter öffentlicher Autorität errichteten Verzeichnung Alles dessen, was ein Verstorbener am Vermögen hinterlassen hat, wozu alle Interessenten geladen sein müssen. (M. L. R. Tit. XVI. § 4. — Erk. des Rev.=G., J. S. Kalkhoff gegen Straub vom 18. Juni 1784)

Für solche Inventare des Ehevermögens sind die Bestimmungen der bayer. G. O. cap. XIII. § 5 nicht maßgebend, da das M. L. R. Tit. VI. § 1 die handtreuliche oder eidliche Bekräftigung jedes solchen Inventares verlangt, ohne Rücksicht darauf, daß es in legaler Weise errichtet ist. Nach der angezogenen Stelle der G. O. schützt dagegen die legale Errichtung des Inventares gegen Begehren des Manifestationseides, bis nicht nur ziemlicher Verdacht dafür erbracht ist, daß in dem fraglichen Inventar Auslassungen von Vermögensbestandtheilen überhaupt stattgefunden haben, sondern daß diese in einer böswilligen Verschweigung ihren Grund haben. (O. A. G. E. vom 22. Januar 1866 Nr. 157 65/66.)

3) Die Feststellung, was von dem Vermögen des verstorbenen Gatten im Wittwenstand des überlebenden Vaters oder der überlebenden Mutter verbracht, d. h. abgängig wurde, um daraus die Größe des vom überlebenden Gatten nach den Regeln des Nutzgenusses zu leistenden Ersatzes bemessen zu können. (Erk. des O. A. G. vom 6. Juli 1847 Nr. 2589. — Erk. des Rev.=G. vom 12. Juni 1799, J. S. Klug gegen Fischer.)

Von der Angabe einer Errungenschaft im Wittwenstande des überlebenden Gatten spricht das Gesetz nicht, und gewiß auch mit Absicht, weil die Kinder einen Anspruch an diese nicht haben, und weil dieselbe, sofern sie zur Feststellung der Größe des Einbringens in die weitere Ehe zu ermitteln wäre, unter der Vermögensmasse begriffen ist, welche der überlebende Gatte zur Zeit der Inventarerrichtung hat („was es anitzo habe an liegenden Gütern ꝛc."). (Erk. des Rev.=G. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Hahn. — Erk. des Rev.=G. vom 18. Juni 1784, J. S. Kalkhof gegen Straub.)

Es ist klar, daß, nachdem es sich nicht um den Erwerb oder Verlust im Wittwenstande des zur weiteren Ehe schreitenden Gatten handelt, das Inventar rücksichtlich der Kinder den Vermögensstand zur Zeit des Todes ihres erstverstorbenen Elterntheiles darstellen muß [1]).

---

[1]) Zum Beweise, daß die fragliche Gesetzesstelle Tit. VI. § 1 des M. L. R. kurz nach seinem Erlasse schon in diesem Sinne angewendet wurde, mögen die folgenden Auszüge dienen, welche aus den in der Registratur des k. Bezirksgerichtes Aschaffenburg hinterlegten Inventarien entnommen sind.

Die Sache erlangt ihre hauptsächliche Bedeutung dadurch, daß aus diesen Inventarien hervorgeht, wie man an eine Fortsetzung der Errungenschaftsgemeinschaft mit den Kindern im Wittwenstande des überlebenden Gatten keineswegs gedacht hat. (§ 92.)

Die Aufschrift eines verschlossen hinterlegten Inventares vom 16. August 1755 lautet: „Specificatio jurata so mittelst Handtreu an Eidesstatt von Hr. Stadtgerichtsassessor V. corroborirt worden über dasjenige, so er mit seiner Frau Eheliebsten seelig A. M. B. an Zubringen empfangen, und was er mit selbiger errungen hat".

In einem Protokolle vom 14. Januar 1757 heißt es: „Hofgerichtsrath J. exhibirte die von ihm über das Beibringen seiner Frau M. F. geb. T., über die allenfallsige Erbschaft, sodann über sein eigenes in Handen gehabtes und resp. dermal habendes Vermögen in baar Geld, Capitalien, Wein, Effecten ꝛc. ꝛc. wie auch über die allenfallsigen Passiven verfertigte Specification mit der Bitte, solche ad acta zu nehmen, und ihm über deren Inhalt Handtreu an Eidesstatt abzunehmen.

Nachdem diese Specification mit seinem Petschaft obsignirt anher übergeben, und es nunmehr an dem, daß zufolge des L. R. Tit. VI. § 1 hierüber die Gebühr beobachtet werde, also wurde dem ꝛc. J. der Auftrag gethan, nunmehr an Eidesstatt anzugeloben, daß er in dem von ihm verfertigten und ad acta übergebenen Verzeichniß all dasjenige getreulich specificirt habe, so er an liegenden und fahrenden Gütern, auch an Activ= und Passivschulden im Vermögen habe, imgleichen, was sein abgelebter Ehegenoß ihm zugebracht, und bis zu ihrem Absterben hinterlassen.

Nach einem Decret vom 10. Juli 1761 wurde der Amtskeller Wittwe Sch. gestattet, anstatt eines sonst üblichen Inventars eine eidliche Specification über ihres verstorbenen Ehemannes väterliches und mütterliches Vermögen und Habschaft, sowohl was das Zugebrachte, als den Antheil der Errungenschaft tempore mortis betrifft, zu überreichen. Ebenso wurde es auch vor Erlassung des L. R. gehalten, wie ein Decret vom 9. August 1732 darthut, worin dem Hofkammerrath Sch. bedeutet wurde, daß er eine ordentliche Specification des von seiner verstorbenen zweiten Ehe-

§ 144.

Verschiedenheit der Inventare.

Inventare kommen nicht blos vor bei Wiederverehlichungen, sondern auch bei der Uebernahme einer Vormundschaft, bei Auslieferung der Kinder, oder bei Erbtheilungen nach dem Tode eines Gatten bei kinderloser Ehe, oder bei Verlassenschaften, bei welchen Minderjährige oder Abwesende betheiligt sind, oder wenn die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventares angetreten wird, oder bei ausgebrochenem Concurse.

In Ansehung dieser Verhältnisse müssen sich die Inventare bald nur auf das Vermögen des einen Gatten, bald auf das ganze Ehevermögen, nämlich Zubringen und Errungenschaft beider Gatten erstrecken. Im ersteren Falle handelt es sich regelmäßig nur um Ausscheidung der Objekte in Natur, und es ist daher namentlich bezüglich des Zubringens des verstorbenen Gatten eine Schätzung nicht absolut geboten, in den anderen Fällen, in welchen die Inventare die Grundlage förmlicher Theilung bilden, ist jedoch die Schätzung selbstverständlich nothwendig [1]).

Die Praxis verlangt jedoch auch bei den Inventaren ersterer Art ebenfalls eine Schätzung, weil bei der dereinstigen Auslieferung der Kinder (Tit. VII. § 3. 4) Ersatzforderungen für zu Verlust gegangene Vermögenstheile in Frage kommen können, und die dann nöthige Theilung der Errungenschaft auf die Zeit des Todes des verstorbenen Gatten zurückdatirt werden muß, in der Zwischenzeit aber dem überlebenden Parens wegen seiner Eigenthumsrechte an der Errungenschaft zu ideellen Theilen Verfügung darüber zusteht. Wenn nun vom Todestage des einen Gatten bis zur Auslieferung der Kinder so mannigfache Veränderungen an der Errungenschaft der ersten Ehe möglich sind, so würde es große Schwierigkeiten bereiten, wenn erst bei jener Auslieferung der Werth der Errungenschaft gefunden werden müßte.

Wohl aus denselben Gründen hat sich die Praxis dahin festgestellt, daß auch im Falle der Wiederverehlichung des überlebenden Gatten ein förmliches, die Grundlage einer Theilung bildendes, Inventar nach den drei von Alters her üblichen Rubriken: a) Zubringen des Mannes; b) Zubringen der Frau; c) während der Ehe erworbenes Gut unter der Benennung Errungenschaft oder Ehenahrung errichtet wird. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender Creditoren gegen Schlender Kinder.)

---

frau tempore mortis vorräthig gewesenen weiblichen Vermögens verschlossen ad registraturam einzuliefern habe.

Die treffende Specification weist dann nach, daß unter jeder Rubrik, z. B. „an Häusern und liegenden Gütern" Mannszubringen, Frau seelig Zubringen, Errungenschaft mit Meliorationen ausgeschieden, und auch aufgeführt wurde, was im Wittwenstande angeschafft worden ist, mit der Bemerkung, daß zu des Mannes Zubringen auch der Nutzgenuß ad dies vitae gehöre.

[1]) Bei den meisten in der Registratur des Bezirksgerichtes vorhandenen zum Zwecke der Wiederverehlichung übergebenen Inventaren ist eine Schätzung der Einbringensobjekte nicht beigefügt; die Vorkinder erscheinen dadurch auch nicht gefährdet, weil sie ein Recht auf Auslieferung in Natur haben, und die Vermögensobjekte nur in dem Zustande ansprechen können, wie sie sich durch den Nutzgenuß gestaltet haben. (S. 191.)

§ 145.

Verfahren bei der Inventar-Errichtung.

Vor der Inventur sollen die Eltern, oder wenn diese todt sind, die Erben, oder die Hausgenossen, oder die nächsten Freunde handtreulich, oder falls es erfordert wird, eidlich geloben, daß sie dem Richter (jetzt dem Notar nach § 19 des Notariatsgesetzes) [1]) Alles getreulich anzeigen, und falls sie etwas vergessen würden, dasselbe später noch zur Inventur bringen lassen werden. (M. L. R. Tit. XVI. § 8.)

Es kann auch jeder, der sich durch die Theilung benachtheiligt hält, später noch seine Erinnerungen vorbringen, und das Vergessene beiziehen lassen. (M. L. R. Tit. XVI. § 8.)

Die Liegenschaften sind einzeln mit Angabe der Größe, Gattung und Lage zu verzeichnen (M. L. R. Tit. XVI. § 9), und ebenso sind die Mobilien durch verpflichtete Schätzer taxiren zu lassen und einzutragen (§ 11 l. c.)

Ein unterlassenes Inventar kann durch eidliche Manifestation ersetzt werden, vorbehaltlich des Verlustes des Nießbrauches für den ohne Inventarerrichtung zur weiteren Ehe geschrittenen Gatten. (Tit. VII. § 7.)

Eine Vormundschaftsbestellung findet nur für den Akt der Inventur statt, und die Fertigung eines Abtheilungsstatus kann bis zur Auslieferung der Kinder beruhen. Es ist letzteres schon um deßwillen zulässig, weil ein verschlossen übergebenes Inventar von dem Gerichte nicht eröffnet werden darf. (§ 164.)

§ 146.

Specificatio jurata.

Das Gericht ist zur Eröffnung eines verschlossen übergebenen beschworenen Inventares nicht berechtigt, denn: a) der Fortgenuß des zur weiteren Ehe schreitenden Gatten an dem Vermögen der ersten Ehekinder ist nur durch die Errichtung eines Inventares bedingt, ein Abtheilungsstatus wird nicht verlangt, und kann vor der Großjährigkeit oder Standesveränderung der Kinder von den Eltern nicht gefordert werden; b) das Gesetz gestattet auch ausdrücklich den bezeichneten Personen, das Inventar verschlossen zu übergeben. Dieser Beisatz deutet offenbar darauf hin, daß dem Gerichte das Recht nicht eingeräumt sein soll, dieses Inventar sofort zu eröffnen, so wenig es einem Zweifel unterliegen kann, daß das Gericht auch bei Uebergabe verschlossener Testamente, nach Tit. VIII. § 3 des M. L. R., solche nicht eröffnen darf. Erst eintretenden Falles, sobald das großjährig oder selbstständig

---

[1]) Die auf das Inventar begründete Anfertigung des Abtheilungsstandes ist Sache der Gerichte, weil er die Auseinandersetzung der Verlassenschaft des einen oder anderen Gatten enthält, und daher nach § 18 Nr. 3 des bayerischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1862 den Gerichten obliegt. Werden dergleichen Abtheilungen von den Notaren, etwa auf Antrag der Betheiligten gefertigt, so können solche Arbeiten nur als Entwürfe betrachtet werden, welche der Bestätigung des Verlassenschaftsgerichtes, und wo Minderjährige interessirt sind, auch der Prüfung der Verlassenschafts- resp. Curatelbehörden bedürfen.

gewordene Kind seinen Vermögensantheil fordert, und letzterer festzustellen ist, ist das Gericht befugt, das Inventar zu öffnen.

Hätte der Gesetzgeber damit nicht diesen Sinn verbinden wollen, so wäre der Beisatz „verschlossen" ganz bedeutungslos, indem wohl Niemand angehalten werden soll, etwas zu verschließen, was dem Gericht schon im nächsten Augenblick durch Eröffnung zur Kenntniß kommt, und es ebensowenig eine besondere Bevorzugung der personae honorabiliores sein würde, ein Inventar verschlossen zu übergeben, welches im nächsten Augenblick durch Eröffnung dem Gerichte bekannt wird. (Entschl. des A. G. vom 26. September 1851 Nr. 2747.)

Die Bedenken, ob die Curatel, resp. das Gericht nicht doch zu prüfen habe, in wie weit die beschworene Specification den in Abs. 1 Tit. VI. § 1 des L. R. enthaltenen Vorschriften entspreche, während bei einem verschlossenen Inventar das Gericht keine Nachforschungen im Interesse der Kinder anstellen könne, und solche später, z. B. nach dem Tode des treffenden Elterntheiles, oft unmöglich würden, sind belanglos, weil diese Specification eben durch den Eid als richtig gilt, und das Gericht zu solchen Nachforschungen oder Erörterungen nirgends autorisirt ist. [1])

Die Uebergabe einer specificatio jurata bezieht sich indeß nur auf den Fall des Uebertritts zur weiteren Ehe. In allen anderen Theilungsfällen Tit. XV. § 2 u. § 8 ist nur von einem ordentlichen Inventar die Rede. Es beruht dieses auf der Natur der Sache, indem den Erben oder dem Vormund nicht ein gleiches Vertrauen zur Seite steht, wie den Eltern.

Der Grund der erlaubten Specification liegt überhaupt in der Schonung des Geheimnisses der Familienverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, wobei erst zur Erwägung kommt, ob sie so beschaffen sind, daß eine Abweichung von der Regel eines ordentlichen Inventares gerechtfertigt erscheint, daher denn auch nach Vorschrift des Gesetzes Tit. VI. § 1 immer erst um diese Begünstigung nachgesucht, solche aber gewährt, oder abgeschlagen werden kann.

Wo überhaupt durch ein Urtheil die Pflicht zur Inventur feststeht, kann eine specificatio jurata nicht genügen, weil die letztere eine

---

[1]) Dergleichen Specificationen finden sich in der Registratur des k. Bezirksgerichtes Aschaffenburg aus der Zeit des vorigen Jahrhunderts verschlossen noch in ziemlicher Anzahl hinterlegt, und aus einem Referate des Revisionsgerichtes vom 3. April 1775, J. S. Hofheim gegen Will, ist zu entnehmen, daß eine solche Specification nach abgelegter eidlicher Bekräftigung verschlossen an die kurfürstliche Registratur zur Verwahrung eingesendet wurde.

Nach Tit. VI. § 3 des M. L. R. soll bei der Inventarisation, wenn sich eine Frau wieder verehlicht, den Kindern ein Vormund bestellt werden. Es könnte hieraus gefolgert werden, daß den Weibern, auch wenn sie zu den Honoratioren (personae honoratiores) gehören, um so weniger gestattet sei, eine verschlossene Specification statt eines förmlichen Inventares zu errichten, als in Tit. VI. § 1 nur von kurfürstlichen Räthen, Dikasterial- und anderen in officio honorabili stehenden Personen die Rede ist, worunter doch wohl nur Männer, aber nicht ihre Wittwen zu verstehen sind. Gleichwohl aber findet sich in gedachter Registratur ein Reskript der kurfürstl. Mainz'schen Regierung vom 20. Juli 1761, und ein gleiches vom 18. März 1799 vor, nach welchen der Wittwe des Amtskellers Sch. zu Wallthüren, und der Wittwe L. bei deren Wiederverehlichung gestattet wurde, bei ihrer Wiederverehlichung eine Specification unter Zuziehung des Vormundes zu errichten, und verschlossen einzusenden.

Ausnahme von der gesetzlichen Regel ist, und daher einem solchen Urtheile widerstreiten und nicht genügen würde.

Da die Specification die Stelle des Inventares zu vertreten hat, so muß sie auch ebenso wie dieses nach den Vorschriften und durch die Praxis festgestellten Rubriken des Gesetzes hergestellt werden.

§ 147.

Rechtliche Natur des Inventars.

Das Inventar bildet den gesetzlichen Maßstab, nach welchem die Auslieferung der früheren Ehe geschehen muß; es ist eine gerichtliche Urkunde mit der Kraft vollen Beweises, solange seine Unrichtigkeit nicht durch Gegenbeweis dargethan ist. (Erk. des H. G. von 1781, J. S. Klunkert gegen Hofheim. — Erk. des H. G. vom 9. Juli 1804, J. S. Brand gegen Brand.)

Das Inventar oder die eidliche Designation bildet ein jus inter partes, und es ist dagegen Seitens des Ausstellers keine Einwendung zulässig. (Erk. des R. G. vom 3. April 1775, J. S. Hofheim gegen Will.)

Bezüglich des weiblichen Vermögens muß bei unterlassener Inventur des Mannes angenommen werden, daß dem Manne Alles zur Last liege, was die Frau erweislich im Vermögen hatte, und er ist zu dessen Auslieferung anzuhalten, bis er glaubhaft und im Einzelnen nachweist, daß das eine oder andere Objekt nach dem Tode der Frau nicht mehr vorhanden gewesen sei. (Erk. des H. G., J. S. Huck gegen Huck.)

§ 148.

Inhalt des Inventars.

Jedes Inventar über die Ehegüter hat die drei Vermögensmassen zu behandeln, welche durch die Theilung geschieden werden sollen, nämlich a) das Zubringen des Mannes, b) das Zubringen der Frau, c) den Erwerb während der Ehe.

Dabei ist nun selbstverständlich auf alle jene Vorschriften Rücksicht zu nehmen, welche unter Tit. I. vom Heirathsgut, unter Tit. III. von der Errungenschaft und Zubringen, und unter Tit. IV. von den Eheschulden aufgestellt worden sind, weil eben unter jene 3 Rubriken mit Recht nur Dasjenige eingestellt werden darf, was wirklich den Charakter des Einbringens, der Errungenschaft, der Eheschulden und Separatschulden trägt, wenn anders ein richtiges Resultat bei der Theilung erzielt werden soll.

Um diesen Charakter der einzelnen Positionen beurtheilen zu können, ist ihr Entstehungs- oder Rechtsgrund unter Bezugnahme auf etwa vorhandene Urkunden und Beweismittel beizusetzen; deßgleichen ist, um die Ersatzforderungen der beiderseitigen Sondervermögen der Gatten an die Gemeinschaft oder der letzteren an jene bemessen zu können, anzuführen, was von den Sondergütern während der Ehe zu Verlust gegangen ist, oder abgängig wurde, und aus welcher Veranlassung.

Es entstehen hiedurch bei jedem solchen Inventar drei Hauptabtheilungen a) Einbringen des Mannes unter Ausscheidung des Vorräthigen und Abgängigen, b) Einbringen der Frau mit gleicher Ausscheidung, und c) Errungenschaft, aber ohne jene Ausscheidung, weil nur Dasjenige für Errungenschaft gilt, was bei dem Ende der Gemeinschaft noch wirklich vorhanden ist, ein etwaiger Abgang des Erworbenen während der Ehe Behufs der Theilung nicht in Betracht kommt.

Verwickelter gestaltet sich das Inventar, wenn es sich um die Ausscheidung der Massen verschiedener Ehen, und um eine förmliche Theilung handelt, worüber das M. L. R. keine besonderen Vorschriften enthält, und welche daher aus den übrigen Bestimmungen und der Praxis zu entnehmen, und unter der Darstellung von der Abtheilung nachzutragen sind.

§ 149.

Von den Ersatz- und Vergütungsberechnungen.

Mit der Errichtung des Inventares kann es nothwendig werden, Berechnungen aufzustellen über jene Forderungen und Vergütungen, welche einerseits das Sondergut der Gatten an die Errungenschaftsmasse, anderseits diese an das Sondergut der Gatten zu machen hat, wenn aus der einen Vermögensmasse während der Ehe etwas bezahlt wurde, was gemäß den gesetzlichen Bestimmungen aus der anderen Masse zu berichtigen gewesen wäre.

Die hier einschlagende Lehre stützt sich auf die §§ 76. 108. 109. über die Ersatzposten entwickelten Grundsätze; die Beachtung der hier gegebenen Einzelheiten ist nothwendig, wenn sich die bei der Theilung Interessirten darauf berufen; im Allgemeinen und in den gewöhnlichen Fällen der Abtheilung genügt es, aus der Vergleichung des Zubringens mit dem Vorrath die Errungenschaft oder ehliche Einbuße zu suchen, und diese auf die Gatten resp. deren Erben nach Verhältniß ihres Antheiles an der Errungenschaft zu vertheilen. (Vergl. § 296.)

§ 150.

a) Ersatz- und Vergütungsforderungen der Ehegatten.

Im Allgemeinen muß man bei der Liquidirung der Errungenschaft damit den Anfang machen, daß man a) das Heirathsgut der Frau, b) das Zubringen des Mannes und der Frau, c) die während der Ehe gemachten Schulden, d) den Kaufpreis der während der Ehe verkauften Güter des einen oder anderen Gatten, e) die Verschlimmerungen, welche diese Güter ohne blosen Zufall erlitten haben, aus der Masse zum Voraus nimmt.

Der Ueberrest wird unter dem Manne und der Frau, oder ihren Erben nach Schwert- und Rockentheil, oder nach dem in dem Ehevertrage festgesetzten Verhältnisse getheilt.

Die Geschenke, welche der eine Gatte dem andern zu Neujahr ꝛc. (Tit. III. § 6) gemacht hat, werden aus den eigenen Gütern des betref-

fenden Gebers, nicht aus der Errungenschaft genommen. Im Besonderen sind die unter § 71—73 angegebenen Regeln zu beachten.

§ 151.

b) Von den Ersatz- und Vergütungsforderungen zum Vortheile der Gemeinschaft.

Die Ersatz- und Vergütungsforderungen der Gemeinschaft sind in ihren Hauptregeln bereits in § 75. 76. aufgeführt, worauf hier zurückverwiesen wird.

§ 152.

Von der Kompensation der Ersatz- und Vergütungsforderungen.

Zwischen der Forderung der Ehegatten an die Gemeinschaft, und der Gemeinschaft an das Sondergut der Gatten findet Compensation statt. (Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. l. 1 D. [16. 2]. Necessaria est, quia interest, nostra potius non solvere, quam solutum repetere l. 3 D. [16. 2].)

Es schlägt hierher ein, was unter § 95 von vorschußweisen Zahlungen aus den Sondergütern oder aus der Errungenschaft bereits angeführt wurde.

§ 153.

Von der Abtheilung des Ehevermögens und dem Abtheilungsstatus.

Das M. L. R. hat allerdings den Theilungen in Tit. XVI. eine eigene Abhandlung gewidmet, und in Tit. VI. ist von der Gütertheilung der Ehemasse keine Erwähnung geschehen. Es könnte daher unpassend erscheinen, an diesem Orte die fragliche Lehre anzureihen. Allein die Theilung der Ehegüter beruht nothwendig auf anderen Principien, als die Theilung einer sonstigen Erbschaft, und dürfte sich auch füglich dem Eheinventare anschließen, nachdem letzteres die Grundlage einer solchen Theilung ist, und die dahin einschlagenden Materien über Zubringen, Eheerwerb und Eheschulden bereits in den vorausgehenden Titeln zur Erörterung gekommen sind.

Bei jeder Theilung sind zwei Hauptmomente zu berücksichtigen:

a. Die Ausscheidung der Aktiven und Passiven.

b. Die Zutheilung dessen, was jedem Gatten, resp. seinen Erben oder dritteren Betheiligten gebührt.

Zu a. I. Zu den Aktiven der Gemeinschaft gehören: 1) die Fahrnisse, Liegenschaften und Forderungen der Gemeinschaft, welche den Charakter der Errungenschaft tragen, und 2) jene Summe des Vorempfanges, welcher lediglich auf Rechnung der Gemeinschaft geschehen ist, 3) ferner die Forderungen der Gemeinschaft an den einen oder an beide Gatten nebst dem Zins vom Tage der Auflösung der Gemeinschaft,

4) und der Betrag desjenigen, was seit der Auflösung der Gemeinschaft bis zur Theilung aus der Gemeinschaft auf das Sondervermögen des einzelnen Gatten verwendet wurde.

II. Zu den Lasten oder Passiven der Gemeinschaft gehören 1) die Gemeinschaftsschulden und 2) die Forderungen der Gatten an die Gemeinschaft nebst dem Zins hieraus vom Tage der Auflösung, 3) der Betrag desjenigen, was seit der Auflösung der Gütergemeinschaft aus dem eigenen Vermögen eines Gatten zum Vortheile des gemeinschaftlichen Vermögens verwendet wurde, ist ebenfalls unter die Passiven der Gemeinschaft aufzunehmen.

Zu b. Auseinandersetzung. Die Abtheilung oder Auseinandersetzung des Ehevermögens geschieht in einem sogenannten Status, Abtheilungsstand, status massae, welcher mit dem Inventare in Uebereinstimmung sein muß. Von der Richtigkeit des Inventars hängt daher auch die Richtigkeit des status ab. (O. A. G. E. vom 17. Februar 1843 Nr. 2940.)

Dieses Geschäft ist das schwierigste der freiwilligen Gerichtsbarkeit, weil darin alle Fragen des ehlichen Güterrechtes möglicherweise ihre Lösung finden müssen; seine Aufgabe besteht in der Ausscheidung der drei Gütermassen, nämlich des Zubringens des Mannes, des Zubringens der Frau und der Errungenschaft oder Verrungenschaft. Hierbei sind die vorhandenen Schulden zu berücksichtigen, und überhaupt alle Grundsätze zu beobachten, welche die Qualität der Massenbestandtheile als Zubringen oder Errungen kennzeichnen, oder über die Haftung der drei Gütermassen bezüglich der Schulden Aufschluß geben.

Besonders schwierig wird die Aufgabe, wenn die Güter verschiedener, noch durch unabgetheilte Kinder verbundener Ehe auszuscheiden sind; Unachtsamkeit oder Unkenntniß des treffenden Beamten können nicht nur zu weitaussehenden Streitigkeiten Veranlassung werden, sondern auch den Betheiligten empfindlichen Schaden bereiten, da namentlich die vorzunehmenden Be- und Abrechnungen oft so complicirt sind, daß sich eine falsche Unterstellung schwer entdecken läßt.

Obgleich es unmöglich bleibt, alle denkbaren Fälle und Verwicklungen solcher Abtheilungen zusammenzufassen, so dürfte es doch nicht unzweckmäßig sein, den Mechanismus einer solchen Abtheilung a) für das Vermögen einer einzelnen Ehe, b) für das Vermögen zweier durch unabgetheilte Kinder verbundener Ehen zu entwickeln, und durch Beispiele zu erörtern.

§ 154.

1. Status über eine Ehe.

Vorauszuschicken ist, daß vor Allem ein bestimmter Zeitpunkt angenommen werden muß, für welchen der Abtheilungsstand Aufschluß geben soll. Es wird dieses immer der Tag sein, für welchen das Inventar errichtet wurde, also der Todestag des erstverstorbenen Gatten, wenn die Inventar-Errichtung zum Zwecke der Wiederverehlichung des anderen Gatten geschieht.

Nach diesem bestimmten Tage sind auch die in Frage kommenden Zinsen zu berechnen und in Ansatz zu bringen.

Bei der Abtheilung selbst ist Folgendes zu beachten und festzustellen:

1) Die Masse (Aktivmasse), und zwar

A. Das Einbringen des Mannes, bestehend z. B. aus Liegenschaften, Geld, Mobilien, Forderungen, sie seien schon vor der Ehe in dessen Eigenthum gewesen, oder während der Ehe durch Erbschaft, Legat, Vermächtniß, als Surrogat ꝛc. erworben worden.

B. Das Einbringen der Frau nach denselben Kategorien.

Zu A und B ist jedesmal auszuscheiden, was davon in dem zu Grund liegenden Zeitpunkte noch vorhanden, oder bereits abgängig war.

C. Das während der Ehe Erworbene. Dahin gehören ebenfalls Liegenschaften, Mobilien, Forderungen, Ausstände, dann die von dem Mann oder der Frau eingebrachten vorehlichen Schulden, soweit sie während der Ehe abgezahlt wurden, sowie überhaupt alle Ersatzforderungen der Gemeinschaft, sei es an die Gatten selbst oder für Vorempfangenes ꝛc.

2) Die Passiven: a) die eingebrachten Schulden des Mannes, b) jene der Frau, c) die gemeinschaftlichen, während der Ehe contrahirten Schulden.

3) Als Ehelasten oder Ehebeschwerden berechnen sich hieraus: a) die gemeinschaftlichen Schulden, b) das abgängige Eheeinbringen des Mannes, c) jenes der Frau.

Die Summe dieser Ehelasten ist dann in Vergleichung zu bringen mit der Summe des unter 1. C. berechneten, während der Ehe erworbenen Vermögens, und es wird sich hieraus ergeben, welche Summe die andere übersteigt. Je nachdem das Ehevermögen größer ist als der Eheverlust, entziffert sich eine Errungenschaft, und umgekehrt eine Verrungenschaft, wovon dem Mann $^2/_3$ und der Frau $^1/_3$, und zwar bei einer Errungenschaft als Mehrung ihres Einbringens, bei der Verrungenschaft dagegen als eine aus dem Einbringen zu berichtigende Schuld zufallen.

4) Mit diesen Faktoren des Zubringens (nach Abzug der jeden Gatten besonders treffenden Sonderschulden, z. B. Delikts-, Spielschulden ꝛc.) und des Errungenschafts- oder Verrungenschaftsantheiles berechnet sich sodann, was jeder Gatte resp. dessen Erbe aus der ganzen Gütermasse zu erhalten oder an dieselbe zu ersetzen hat.

5) Am Schlusse des Abtheilungsstandes wird dann gewöhnlich eine sogenannte Abgleichung oder Probe gemacht, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß die Rechnung richtig ist.

Die Zusammenstellung der vorräthigen Masse, bestehend aus dem vorräthigen Einbringen des Mannes und der Frau, aus den während der Ehe angeschafften Objekten und erworbenen Rechten, sowie den Conferrendenposten, z. B. Herauszahlungen des einen Gatten, muß nämlich gleich sein der Summe der damit zu deckenden Forderungen, nämlich des Zubringens der Gatten und ihres Errungenschaftsantheiles, dann der gemeinschaftlichen Schulden, und der noch nicht berichtigten Separatschulden des einen oder anderen Gatten. (vid. Beil. 1 und 2.)

6) Durch die am Schlusse des Abtheilungsstandes beizufügende Einweisung der Betheiligten in die einzelnen Vermögenstheile, seien es Mobilien, Liegenschaften, Ausstände, Rechte oder sogar Passiven, wird

die eigentliche Abtheilung vollzogen. Ist eine solche Zutheilung (adjudicatio) durch den Richter geschehen und anerkannt, so wird damit das zugetheilte Recht sofort von dem Betheiligten erworben, ohne daß es einer besonderen Uebergabe (traditio) bedarf. (§ 7. J. [4. 17].) Die Einheit der zu vertheilenden Masse hört auf, und geht in so viele selbstständige Vermögen über, als Theilhaber vorhanden sind. (Vergl. Tit. XVI.)

§ 155.

2) Abtheilungsstatus über zwei oder mehrere Ehen.

Bei Auseinandersetzung mehrerer durch Kinder verbundener Ehen ist Folgendes zu beobachten und festzustellen, und zwar nach Ausscheidung in drei oder mehrere Rubriken: a) der Vorrath, b) der Abgang des Einbringens in II. Ehe, c) der Abgang des Einbringens in I. Ehe, weil die Verluste oder Abgänge des Einbringens wieder dem Einbringen anstatt des Vorrathes in Natur in Aufrechnung zu bringen sind.

Unter diesen Rubriken ist sofort festzusetzen:

1) Das Einbringen des überlebenden Gatten an Liegenschaften, baarem Gelde, Ausständen und Fahrnissen, als Bettung, Hausgeräthe, an Schreinerwaaren, Werkzeugen, Vieh, Früchten 2c.

2) Das Einbringen des in I. Ehe verstorbenen Gatten nach denselben Rubriken, wie unter nr. 1.

3) Deßgleichen die Errungenschaft in I. Ehe.

4) Das Einbringen des mit dem überlebenden Gatten in die weitere Ehe getretenen Gatten (Stiefvater oder Stiefmutter) mit den Rubriken: a) Vorräthig, b) Abgängig in II. Ehe.

5) Die Errungenschaft der II. Ehe.

6) Der Abschluß. Dieser geschieht:

A. Durch Zusammenstellung der Masse aus folgenden Bestandtheilen: a) dem Einbringen des überlebenden Gatten, b) dem Einbringen des verstorbenen Gatten I. Ehe, c) dem Erwerb I. Ehe, d) dem Einbringen des Stiefvaters oder der Stiefmutter, e) dem Erwerb II. Ehe.

B. Durch Zusammenstellung zur Berechnung der I. Ehemasse: a) des Einbringens des längstlebenden Gatten, und zwar 1) des Vorräthigen, 2) des Abgängigen in II. Ehe; b) des Einbringens des zuerst verstorbenen Gatten I. Ehe und zwar: 1) des Vorräthigen, 2) des Abgängigen in II. Ehe; c) des Erwerbes I. Ehe, und zwar: 1) des Vorräthigen, 2) des Abgängigen in II. Ehe.

Hieran reihen sich C. die Schulden und Lasten I. Ehe, bestehend:

I. Aus dem Einbringen des längstlebenden Gatten: a) des Vorräthigen, b) des Abgängigen, α) in II. Ehe, β) in I. Ehe.

II. Aus dem Einbringen des zuerst verstorbenen Gatten I. Ehe wie unter C. I.

III. Aus den Schulden I. Ehe. Werden nun von der Aktivmasse der I. Ehe (B) die Schulden und Lasten der Ehe (C) abgezogen, so ergibt sich der Ehegewinn oder Eheverlust I. Ehe, von welchem dem überlebenden Gatten und den Kindern des erstverstorbenen Gatten der Schwert- und Rockentheil zuzutheilen ist.

Es werden sohin D. als Abschluß der I. Ehe angewiesen:

I. Die Kinder I. Ehe mit ihrem Mutter= oder Vatergut, bestehend a) aus dem Einbringen ihres verstorbenen Elterntheiles, b) aus dessen Ehegewinn= resp. Eheverlust=Antheil.

II. Der überlebende Gatte a) mit seinem Einbringen, b) mit seinem Antheile am Ehegewinn oder Eheverlust.

III. Die Schulden dieser Ehe.

Nach diesem Abschluß wird zur Bildung der Masse der II. Ehe geschritten. Diese besteht aus den Aktiven und Lasten der II. Ehe, und zwar: 1) aus dem Vermögen (Vater= oder Muttergut) der I. Ehekinder, welches dem überlebenden Gatten bis zu ihrer Auslieferung zum Nutzgenuß verbleibt; 2) aus dem Einbringen des überlebenden Gatten (seines Illates und Errungenschaftsantheiles I. Ehe); 3) aus dem Einbringen des Stiefvaters resp. der Stiefmutter: a) des Vorräthigen, b) des Abgängigen in II. Ehe; 4) aus den gemeinschaftlichen Schulden II. Ehe.

Werden nun von der Gesammtmasse (oben Nr. 6 A.) die Schulden und Lasten der II. Ehe abgezogen, so stellt sich der Ehegewinn, oder Eheverlust der II. Ehe dar.

Als Abschluß werden auf die Gesammtmasse angewiesen: 1) die Kinder erster Ehe mit ihrem Mutter= oder Vatergut; 2) der überlebende Gatte a) mit seinem Einbringen in II. Ehe, b) mit seinem Errungenschaftsantheil aus II. Ehe; 3) die Erben des verstorbenen Gatten II. Ehe; 4) die Gläubiger. Die Summe dieser Posten nr. 1 mit 4 muß der Gesammtmasse gleich sein, d. h. diese entschöpfen.

Beispiele dieser Theilungen mit dem Ergebnisse einer Errungenschaft und Verrungenschaft sind in den Beilagen nr. 3 und 4 gegeben.

§ 156.

Rechtliche Bedeutung eines Abtheilungsstandes.

Ein Abtheilungsstand ist nichts weiter, als ein Entwurf über die Theilung, welcher nur durch Anerkennung der Betheiligten Gültigkeit erlangen kann und soll; keineswegs ist derselbe als ein Urtheil oder als eine Entscheidung der Sache anzusehen, indem eine solche Entscheidung streitiger Fragen überhaupt auch nur denkbar wäre, wenn die Sache zuvor gehörig verhandelt worden ist. (A. G. E. vom 17. Februar 1843, Nr. 2940.)

Ueberdieß sind Vermögensabtheilungen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche nur durch ausdrückliche Anerkennung der Interessenten Rechtsbestand erlangen, und auch nach Tit. XVI. § 3 des M. L. R. ist ein Status, solange er nicht anerkannt wurde, anfechtbar. (Erk. des A. G. vom 3. März 1853, Nr. 424.)

Ist diese Anerkennung, und damit auch zugleich die Anerkennung der Richtigkeit des Inventares erfolgt, so zeigt der Status nicht blos, wie viel, sondern auch was darnach auszuliefern ist. Die Auslieferung der ersten Ehekinder hat dann in Natur nach Ausweis des Inventars und Status zu geschehen. Inzwischen verloren gegangene Aktiva haben sie sich abziehen zu lassen (vorausgesetzt, daß der Verlust nicht durch Schuld des nutznießenden Parens erfolgte). Geschieht aber die Auslieferung nicht

in Natur, sondern mit Zustimmung der Kinder resp. Curatelbehörde nach der Taxe des Inventars, so können den Kindern Meliorationen nicht aufgerechnet werden. (Erk. des Rev.=G. vom 12. März 1785, J. S. Münch gegen Münch.) Der durch Zufall entstandene Mehr= oder Minderwerth trifft den Eigenthümer. (Erk. des H. G., J. S. Fries gegen Söller.)

Die Schätzung im Inventar kann nur dann einen Verkauf bedeuten, wenn die Absicht vorliegt, die Sache zu übertragen. Kommt dieses Verhältniß bei der Auslieferung von Vorkindern in Betracht, so haben sie nicht mehr zu fordern, als was im anerkannten Inventar steht, und es bleibt ihnen nur der Beweis vorbehalten, daß sie nicht nach dem Inventar ausgeliefert wurden. (Erk. des Rev.=G. vom 30. März 1784, J. S. Böhm gegen Böhm.)

Sind aber Gegenstände verkaufsweise geschätzt, so muß auch der Verkaufspreis, nicht der Werth zur Zeit des Zubringens, ersetzt werden, denn nach l. 64 p. D. (24. 3) gilt der Grundsatz: „Der Werth vertritt die Sache.“ (Erk. des O. A. G. vom 24. August 1819, J. S. Bader gegen Bader.)

Werden Ansprüche aus der Erbschaft eines verstorbenen Ehetheiles geltend gemacht, so können diese in der Klage schon durch Berufung auf den etwa vorhandenen Ehevertrag nach Tit. I. § 1, 2, 3 des M. L. R. begründet werden, ohne daß die Erben hiezu der Aufstellung eines förmlichen Abtheilungsstandes bedürften. Deßgleichen genügt zur Bekämpfung solcher Forderungen im Stadium der Verhandlung die Behauptung, daß und wie weit das Zubringen des verstorbenen Gatten durch Verrungenschaft absorbirt sei. Die Darlegung der einzelnen Faktoren — Einbringen, Erwerb und Einbuße — aus welchen das Dasein der behaupteten Verrungenschaften bemessen werden muß, also die Aufstellung eines förmlichen Status kann dem Beweisverfahren vorbehalten bleiben. Den Erben selbst kann jedoch zur Begründung der Zurückforderung eines Illates die Aufstellung eines Eheabtheilungsstandes um so weniger zugemuthet werden, als sie nicht in der Lage sind, die Materialien dazu beizubringen. (A. G. E. vom 18. November 1853, Nr. 6091. — Vergleiche jedoch § 297 ff. über Erbtheilungen.)

Beilage I.

§ 157.

Formular über ein Inventar mit Abtheilungsstand einer Ehe mit Errungenschaft.

Die Ehefrau des hiesigen Bürgers und Bauern Franz Schütz, Eva geborne Müller, verstarb am 24. April 1860. Dieselbe stand in I. Ehe und hinterlies drei ehliche minderjährige Kinder.

Ehevertrag wurde keiner errichtet und es fand sich auch kein Testament vor.

Nachdem nun der Wittwer angezeigt hatte, daß er sich mit Maria Streng wiederverehlichen wolle, begab sich der k. Notar NN. in dessen Wohnung, woselbst der Wittwer und die Mutter der verstorbenen Frau anwesend waren.

Der Wittwer wurde aufmerksam gemacht, daß er Alles getreulich anzugeben habe, was er jetzt an liegenden und fahrenden Gütern, an Aktiv- und Passivschulden besitze, was die verlebte Frau in die Ehe eingebracht habe, was während der Ehe errungen oder verrungen wurde, und was er davon bis zur Wiederverehlichung verbracht habe.

Nach Belehrung über die Wichtigkeit des Eides und Folgen des Meineides wurde der genannte Wittwer handtreulich an Eides statt verpflichtet, seine Angaben der Wahrheit getreu und weder zum Vortheile, noch zum Nachtheile seiner vorigen oder künftigen Ehe zu machen. Sodann wurde unter Beiziehung der vereidigten Schätzer NN. und NN. zur Vermögensaufnahme selbst geschritten:

	Vorräthig.		Abgängig.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
I. Einbringen des Mannes:				
1) an baarem Gelde	424	—	28	54
2) an Liegenschaften	600	—	500	—
3) an Mobilien				
a) an Bettung und Weißzeug . . .	100	—	—	—
b) an Schreinerwaaren	150	—	—	—
c) an Vieh	300	—	—	—
d) an Kleidung	60	—	—	—
	1634	—	528	54
II. Einbringen der Frau:				
1) an baarem Gelde	—	—	2000	—
2) an Liegenschaften	—	—	—	—
3) an Mobilien	100	—	—	—
	100	—	2000	—
III. Errungenschaft:				
1) an Liegenschaften	6000	—	—	—
2) an Mobilien	200	—	—	—
	6200	—	—	—
IV. Gemeinschaftliche Eheschulden:				
an NN. Kapital zu 5%	150	—	—	—
rückständige Zinsen bis 24. April 1860 .	10	—	—	—
	160			

Nachdem sich weiter nichts mehr vorfand, wurde das Geschäft beschlossen, und von den Anwesenden unterzeichnet.

NN.

N. den 24. Juli 1864.
L. S.

NN. k. Notar.

§ 158.

Abtheilungsstatus.

	Vorräthig. fl.	kr.	Abgängig. fl.	kr.
I. Vermögensmasse.				
Die Vermögensmasse besteht:				
1) aus dem Einbringen des Mannes				
a) dem Vorräthigen . 1634 fl. — kr.				
b) dem Abgängigen . 528 fl. 54 kr.	2162	54		
2) aus dem Einbringen der Frau				
a) dem Vorräthigen . 100 fl. — kr.				
b) dem Abgängigen . 2000 fl. — kr.	2100	—		
3) aus der Errungenschaft	6200	—		
Summa	—	—	10462	54
II. Lasten der Masse.	Partial.		Total.	
Diese sind:				
1) das vorräthige und abgängige Einbringen des Mannes	2162	54		
2) das vorräthige und abgängige Einbringen der Frau	2100	—		
3) die Eheschulden	160	—		
Summa	—	—	4422	54
Es ergibt sich sonach ein Eheerwerb von . .	—	—	6040	—
III. Vertheilung:				
Hievon gebühren dem Mann ²/₃ mit . . .	4026	40		
der Frau ¹/₃ mit	2013	20		
egal	6040	—		
Der Mann erhält sonach sein Einbringen .	2162	54		
und seinen Errungenschaftstheil	4026	40		
			6189	34
Die Frau erhält ihr Eheeinbringen. . . .	2100	—		
ihren Errungenschaftstheil	2013	20		
			4113	20
die Eheschulden betragen	—	—	160	—
Summa	—	—	10462	54

womit die obige Masse entschöpft ist.

Beilage II.

§ 159.

Vermögensstatus (mit Verrungenschaft) aus einer Ehe.

	Vorräthig. fl.	kr.	Abgängig. fl.	kr.
I. Einbringen des Ehemannes:				
A. an baarem Geld	—	—	—	—
B. an Haus und Gütern	2104	—	—	—
C. an Vieh und Fahrnissen	123	59	59	16
D. an Schulden	836	1	112	—
II. Einbringen der Frau:				
A. an baarem Geld	—	—	228	8
B. an Haus und Gütern rc. rc. . . .	—	—	—	—
III. Eheerwerb:				
A. an baarem Geld und Ausständen . .	—	—	—	—
B. an Haus und Gütern	35	25	—	—
C. an Mobilien	32	18	—	—
D. an ausstehenden Früchten und aufgewendeten Bestellungskosten	40	—	—	—
	107	43		
E. Eheschulden	188	49		
IV. Abschluß:	Partial.		Total.	
Das errungene Vermögen beträgt	107	43		
Hiezu die während der Ehe bezahlten männlichen Schulden	112	—		
			219	43
Hievon müssen berichtiget werden:				
a) das abgängige Vermögen der Frau . .	228	8		
b) die Schulden der Masse	188	49		
			416	57
Es ergibt sich daher ein Eheverlust von . .	—	—	197	14
Hievon treffen den Ehemann ²/₃ mit . . .	131	29¹/₃		
Hievon treffen die Ehefrau ¹/₃ mit . . .	65	44²/₃		
gleich	—	—	197	14

	Partial. fl.	Partial. kr.	Total. fl.	Total. kr.
V. Ausweisung.				
1) Der Mann hat anzusprechen:				
a) sein Einbringen	2228	19		
b) den Erlös aus seinen Kleidern als abgängiges Sondergut	59	16		
			2287	35
Hierauf ruhen als Lasten:				
a) $\frac{2}{3}$ des Eheverlustes	131	$29\frac{1}{3}$		
b) die noch vorhandenen männlichen Schulden	836	1		
c) seine in der Ehe bezahlten Schulden	112	—	1079	$30\frac{1}{3}$
Der Mann erhält daher reines Vermögen	—	—	1208	$4\frac{2}{3}$
Ferner den Mehrerlös seines verkauften Hauses gegen den Inventaranschlag .	—	—	131	45
2) Die Frau hat anzusprechen ihr zugebrachtes abgängiges Vermögen	228	8		
Hievon geht ab der sie treffende Eheverlust	65	$44\frac{2}{3}$		
Die Frau erhält daher reines Vermögen .	—	—	162	$23\frac{1}{3}$
VI. Zusammenstellung.				
Das vorhandene Vermögen beträgt:				
1) Mobilien und Grundvermögen . .	2228	19		
2) Erlös der männlichen Kleidung . .	59	16		
3) Errungenschaftliches Vermögen . .	107	43		
Summa	—	—	2395	18
Hievon erhalten:				
1) die Kinder als Vatergut	1208	$4\frac{2}{3}$		
2) die Ehefrau resp. Wittwe	162	$23\frac{1}{3}$		
3) die männlichen Gläubiger	836	1		
4) die Massegläubiger	188	49		
Gleich dem Vorrath	—	—	2395	18

Beilage III.

§ 160.

Inventar beim Uebertritt zur dritten Ehe mit Abtheilungsstand (Errungenschaft).

(Eingang des Protokolls wie bei Beilage I.)

	Vorrath.		Abgang in II. Ehe.		in I. Ehe.	
	fl.	kr.	fl.	kr.	fl.	kr.
A. Einbringen des überlebenden Mannes:						
a) baares Geld	—	—	—	—	2907	—
b) Ausstände, Gold, Silber . . .	17	18	—	—	—	—
c) Bettung, Weißzeug	62	42	—	—	—	—
d) Möbel	11	18	—	—	—	—
e) Zinn und Kupfer	1	4	—	—	1	—
f) Werkzeuge	148	18	—	—	—	—
g) Kleider	20	—	48	—	4	30
B. Einbringen der ersten Ehefrau:						
a) an baarem Gelde	—	—	—	—	300	—
b) an Ausständen	—	—	—	—	57	20
c) an Gold und Silber	1	45	—	—	—	—
d) an Bettung 2c. 2c.	61	46	—	—	—	—
e) Hausgeräthe	41	12	—	—	—	—
f) Spiegel	—	4	—	—	—	—
g) Zinn und Kupfer	4	24	—	—	—	—
h) Kleidung	—	—	34	21	—	—
i) Insgemein	1	54	—	—	—	—
k) an Schulden	—	—	—	—	—	—
C. Errungenschaft I. Ehe:						
a) an baarem Geld	—	—	63	—		
b) an Ausständen	—	—	397	15		
c) an Haus und Gütern	—	—	3700	—		
(Dieses Haus wurde mit dem in II. Ehe erkauften Hause nach vorgenommenem gänzlichen Umbau mit letzterem zu einem Hause vereinigt, daher vorstehende Anschlagssumme hier als Abgang vorzutragen ist.)						
d) Bettung, Weißzeug	88	58				
e) Möbels	49	18				
f) Uhren, Gläser	18	24				
g) Insgemein	—	—	8	36		
h) Vorrath im Laden	—	—	676	48		
i) Schulden	—	—	995	16		

	Vorrath. fl.	kr.	Abgang in II. Ehe. fl.	kr.
D. Einbringen der II. Ehefrau:				
a) an baarem Geld	—	—	200	—
b) an Ausständen	—	—	800	—
c) Gold- und Silberwaaren	1	—	1	—
d) Bett- und Weißzeug	102	33	15	36
e) an Kleidungsstücken	99	—	—	—
E. Errungenschaft in II. Ehe:	Betrag.			
a) an baarem Geld	100	—		
b) an Ausständen	913	—		
c) an Haus und Gütern	6000	—		
d) Bett- und Weißzeug	65	31		
e) Möbel	177	27		
f) Gold und Silber	40	—		
g) Kleidung (männliche und weibliche)	172	6		
h) Kapitalausstände	200	—		
i) Vorrath im Laden	1804	—		
k) Insgemein	46	31		
l) Schulden	1688	33		

Abtheilungsstand.

I. Masse.

	Partial. fl.	kr.	Total. fl.	kr.
Die ganze vorhandene Masse besteht nach vorstehendem Inventar:				
A. Im vorräthigen Einbringen des überlebenden Ehemannes	260	40		
B. Im vorräthigen Einbringen der I. Ehefrau	111	5		
C. In der vorräthigen Errungenschaft I. Ehe	156	40		
D. Im vorräthigen Einbringen der II. Ehefrau	202	33		
E. In der Errungenschaft II. Ehe . . .	9518	32		
Summa	—	—	10249	30

II. Lasten und Schulden.

A. Berechnung der I. Ehemasse.

	fl.	kr.	fl.	kr.
I. Einbringen des Mannes:				
1) das Vorräthige	260	40		
2) das in II. Ehe Abgängige . . .	48	—		
Summa	—	—	308	40
II. Einbringen der I. Ehefrau:				
1) das Vorräthige	111	5		
2) das in II. Ehe Abgängige . . .	34	21		
Summa	—	—	145	26
III. Errungenschaft I. Ehe:				
1) das Vorräthige	156	40		
2) das in II. Ehe Abgängige . . .	4845	20		
Summa	—	—	5002	4
Die Masse I. Ehe beträgt sonach	—	—	5456	10

	Partial.		Total.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
Uebertrag	—	—	5456	10
B. Lasten und Schulden in I. Ehe.				
I. Einbringen des Mannes:				
a) das Vorräthige . . 260 fl. 40 kr.				
b) das Abgängig gewordene				
1) in II. Ehe . . . 48 fl. — kr.				
2) in I. Ehe . . . 2912 fl. 30 kr.				
Summa	3221	10		
II. Einbringen der I. Ehefrau:				
a) das Vorräthige . 111 fl. 5 kr.				
b) das Abgängige:				
1) in II. Ehe . 34 fl. 21 kr.				
2) in I. Ehe . 357 fl. 20 kr.				
Summa	502	46		
III. Schulden an Drittere	995	16		
Summa	—	—	4719	12
Es ergibt sich daher nach Vergleich mit obiger Masse ein Ehegewinn I. Ehe von . . .	—	—	736	58
wovon auf das Vermögen des Mannes $^2/_3$	491	$18^2/_3$		
wovon auf das Vermögen der I. Ehefrau $^1/_3$ treffen.	245	$39^1/_3$		
gleich	—	—	736	58
Abschluß I. Ehe.				
Die Masse beträgt	—	—	5456	10
Hierauf werden angewiesen:				
I. Das Kind I. Ehe mit seinem Muttergut, bestehend				
a) aus dem Einbringen der I. Ehefrau . . 502 fl. 46 kr.				
b) aus $^1/_3$ Ehegewinn 245 fl. $39^1/_3$ kr.				
Summa	748	$25^1/_3$		
II. Der Ehemann mit				
a) seinem Zubringen 3221 fl. 10 kr.				
b) $^2/_3$ des Ehegewinns 491 fl. $18^2/_3$ kr.				
Summa	3712	$28^2/_3$		
III. Die Schulden	995	16		
Summa gleich der Masse	—	—	5456	10

	Partial.		Total.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
Berechnung der II. Ehe.				
Lasten und Schulden:				
I. Das Muttergut des I. Ehekindes . .	748	25 1/3		
II. Einbringen des Mannes in II. Ehe .	3712	28 2/3		
III. Einbringen der II. Ehefrau:				
a) das Vorräthige . 202 fl. 33 kr.				
b) das Abgängige . 1016 fl. 36 kr.				
Summa	1219	9		
IV. Die gemeinschaftlichen Eheschulden . .	1688	33		
	7368	36		
Die Gesammtmasse beträgt	—	—	10249	30
Die Lasten und Schulden II. Ehe betragen .	—	—	7368	36
Sonach ist Gewinn II. Ehe	—	—	2880	54
Abschluß:				
Die Gesammtmasse beträgt	—	—	10249	30
Hierauf werden angewiesen:				
1) Das I. Ehekind mit seinem Muttergut	748	25 1/3		
2) Der Wittwer mit				
a) seinem Einbringen 3712 fl. 28 2/3 kr.				
b) nach Testament seiner kinderlos verstorbenen II. Ehefrau mit der ganzen Errungenschaft zu 2880 fl. 54 kr.				
Summa	6593	22 2/3		
3) Die Erben der II. Frau mit deren Einbringen	1291	9		
4) Die Gläubiger mit	1688	33		
Summa gleich der Masse	—	—	10249	30
Der Mann bringt sonach in die III. Ehe im Ganzen 6593 fl. 22 3/4 kr.				

Beilage IV.

§ 161.

Inventar beim Uebertritt zur dritten Ehe. Rectificirung des I. Inventars mit Abtheilungsstand. (Verrungenschaft in I. Ehe und Errungenschaft in II. Ehe.)

(Eingang des Protokolls wie bei Beilage I.)

	Vorrath. fl.	Vorrath. kr.	Abgang. fl.	Abgang. kr.
Inventar, errichtet beim Antritt der II. Ehe.				
A. Eheeinbringen der verstorbenen Ehefrau:				
1) an baarem Gelde	—	—	3223	—
2) an Gold- und Silberwaaren . .	64	22	—	—
3) an Bettung und Weißzeug . . .	267	12	—	—
4) an Leibweißzeug	207	24	6	—
5) an Möbeln	2	—	—	—
6) an Kleidung	89	24	—	—
7) im Allgemeinen	3	—	—	—
8) an Schulden	—	—	—	—
Summa	633	22	3229	—
B. Eheeinbringen des Wittwers:				
1) an baarem Geld	—	—	6000	—
2) an Gold, Silber, Pretiosen . . .	161	—	—	—
3) an Möbeln	379	—	—	—
4) an Bettung und Weißzeug . . .	492	—	—	—
5) Zinn, Kupfer, Metallwaaren . . .	24	48	—	—
6) Porzellan	30	6	—	—
7) Vieh, braunes Pferd, abgängig . .	—	—	—	—
8) an Wirthschaftsgeräthen	920	8	—	—
9) an Kleidern	168	24	—	—
10) im Allgemeinen	95	21	—	—
11) Schulden	—	—	—	—
Summa	2292	47	6000	—
C. An Eheerwerb:				
1) an baarem Gelde	—	—	—	—
2) an Haus und Gütern	19500	—	—	—
3) an Ausständen	160	—	—	—
4) an Waarenvorräthen	1420	15	—	—
5) an Vieh und Geschirr	476	—	—	—
6) an Kinderzeug	25	—	—	—
Summa			21581	15
7) an Schulden } bei NN.	11300	—		
bei NN.	4000	—		
Summa			15300	—

	Partial.		Total.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
Abtheilung.				
Das Ehevermögen besteht nach vorstehendem Inventar lit. C. in	—	—	21581	15
Hiemit sind als Lasten und Eheschulden zu berichtigen:				
a) das abgängige weibliche Einbringen	3229	—		
b) das abgängige männliche Einbringen	6000	—		
c) die in der Ehe gemachten Schulden	15300	—		
Summa	—	—	24529	—
Beides gegen einander verglichen, ergibt sich ein Eheverlust von			2847	45
Hievon trägt der Ehemann $^2/_3$ mit . . .	1898	30		
Die Ehefrau $^1/_3$ mit	949	15		
Summa gleich	—	—	2847	45
Auslieferung.				
1) Der Ehemann hat sein Einbringen zu	8292	47		
zu fordern, und hat beizutragen . .	1898	30		
derselbe erhält daher noch	—	—	6394	17
2) Die Ehefrau hat anzusprechen ihr Einbringen	3862	22		
hat aber beizutragen	949	15		
dieselbe empfängt sonach noch . . .	—	—	2913	7
3) Zu zahlen sind die Eheschulden mit .	—	—	15300	—
die ganze Auslieferung ist sonach . .	—	—	24607	24
Hiezu ist vorräthig:				
a) aus dem weiblichen Vermögen . .	633	22		
b) aus dem männlichen Vermögen . .	2292	47		
c) aus dem Eheerwerb	21681	15		
Zusammen sonach gleich	—	—	24607	24

Inventar=Errichtung bei Eingehung der III. Ehe.

Die Wittwe wurde unter Zuziehung des Vormundes der Kinder und nach handtreulicher Verpflichtung gemäß Tit. VI. § 1 des M. L. R. belehrt, daß sie der Commission alle Vermögenstheile, welche bis zum Tode ihres Mannes in die Ehe gekommen, und seither davon verbracht wurden, gewissenhaft anzugeben und nichts zu verschweigen habe, sowie, daß sie verbunden sei, im Falle etwaiger Vergessenheit nachträgliche Anzeige zu machen.

Demnächst wurde zur Rectification des Inventars der früheren Ehe, sowie zur Aufnahme des zweitehlichen Inventares geschritten, wie folgt:

Hiebei wird bemerkt, daß die von der Wittwe bei der Versteigerung angekauften Mobilien, welche als vorräthiges Einbringen II. Ehe erscheinen, nicht speciell aufgeführt, sondern nach einem Verzeichnisse (Anlage) summirt werden.

Ferner muß bemerkt werden, daß die Wirthschafts= und Brauereigeräthschaften als Zugehör des Brauhauses mitversteigert, und ebenfalls als vorräthiges Einbringen II. Ehe aufgenommen wurden.

I. Ehe.	Vorrath.		Abgang in I. Ehe.		in II. Ehe.	
	fl.	kr.	fl.	kr.	fl.	kr.
A. Zubringen der verlebten I. Ehefrau:						
1) an baarem Gelde	—	—	3222	—	—	—
2) an Gold und Silber	41	5	—	—	18	48
3) an Bett= und Weißzeug . . .	141	11	—	—	—	—
4) an Leibweißzeug	77	50	6	—	24	56
5) an Möbeln	3	49	—	—	—	—
6) an Kleidung	8	9	—	—	62 9	48 42
7) im Allgemeinen	—	—	—	—	3	—
Summa	272	4	3228	—	119	14
8) die Hälfte des Hauses nach dem Verkaufspreise zu 24,100 fl., jedoch abgängig von 725 fl. und 292 fl. 6 kr. Meliorationen, welche in die Errungenschaft I. und II. Ehe gehören, da sie während der beiden Ehen stattfanden	11541	27	—	—	—	—
Summa	11813	31	3228	—	119	14
B. Einbringen des verlebten Ehemannes:						
1) an baarem Gelde	—	—	6000	—	—	—
2) an Gold, Silber, Pretiosen . .	107	31	—	—	62	45
3) an Möbeln	158	57	—	—	—	—
4) an Bettung ꝛc. ꝛc.	252	1	—	—	6	—
5) an Zinn, Kupfer	15	19	—	—	—	—
6) an Porzellan	8	—	—	—	—	—
7) an Vieh ꝛc.	—	—	—	—	12	—
8) die Wirthschaftsgeräthe cessiren als Pertinenz des verkauften Gasthauses	—	—	—	—	—	—
9) an Kleidung	19	31	—	—	30	—
10) im Allgemeinen	41	56	—	—	5	15
11) Ausstände	—	—	—	—	—	—
12) Passiven	—	—	—	—	—	—
Summa	603	15	6000	—	116	—

	Vorrath.		Abgang			
			in II. Ehe.		in I. Ehe.	
	fl.	kr.	fl.	kr.	fl.	kr.
C. Errungenschaft:						
1) an baarem Geld	—	—	—	—	—	—
2) an Haus und Gütern	—	—	—	—	19500	—
Gasthaus sammt Zugehör ist zur Hälfte Einbringen des Ehemannes in I. Ehe, zur Hälfte Einbringen der I. Frau.						
3) an Ausständen	—	—	—	—	160	—
4) Waarenvorrath	—	—	—	—	1891	30
5—8) — —	—	—	—	—	—	—
9) Vieh, Geschirr	4	18	—	—	467	—
10) im Allgemeinen	11	—	—	—	—	—
11) Kinderzeug	—	—	—	—	—	—
Summa	15	18	—	—	2518	30
12) an Schulden	11300	—	—	—	4000	—
an bezahlten Zinsen	—	—	—	—	260	—
			—	—	103	—
Summa	11300	—	—	—	4363	—

II. Ehe.

		Vorrath.		Abgang.	
		fl.	kr.	fl.	kr.
A. Einbringen der II. Ehefrau:					
a) an baarem Gelde		—	—	4346	—
b) an Pretiosen		57	—	—	—
hiezu kommt noch der von der Wittwe aus der Verlassenschaft ihres Mannes ersteigerte Mobilien-Complex, dessen Erlös bei der Errungenschaft aufgeführt wurde mit		84	12	—	—
c) an Bettung . . .	144 fl. — kr.				
hiezu das nach Verzeichniß Ersteigerte	267 fl. 51 kr.	411	51	—	—
d) an Weißzeug . . .	118 fl. 12 kr.				
hiezu das Ersteigerte	72 fl. 41 kr.	190	53	—	—
e) an Kleidungsstücken nach dem früheren Inventar		120	—	9	20
hiezu das Ersteigerte		6	19	—	—
f) an Mobilien . . .	15 fl. — kr.				
hiezu das Ersteigerte	166 fl. 34 kr.	181	34	—	—
g) an Kupfer, Zinn etc. etc.		17	53	—	—
h) an Porzellan, Glas		8	30	—	—
i) Insgemein		54	55	—	—
k) Schulden		—	—	—	—
Summa		1133	7	4355	20

	Vorrath.		Abgang	
	fl.	kr.	fl.	kr.
B. Errungenschaft in II. Ehe:				
1) in Baarem	1200	—	—	—
2) an Ausständen	100	—	—	—
3) Gold und Silber ꝛc.	20	—	—	—
4) Haus und Güter	—	—	—	—
5) Vieh, Früchte	2495	—	—	—
6) Weißzeug	3	—	—	—
7) Möbel	22	12	—	—
8) Kleidung	36	29	—	—
9) Metallwaaren	2	44	—	—
10) vorräthige Getränke	691	30	—	—
11) im Allgemeinen	26	3	—	—
Summa	4596	58	—	—
12) an Passiven	226	—	—	—

Abtheilungsstand
in der Verlassenschaft des NN.

Vorbemerkung.

Der am 12. Mai 1847 verstorbene NN. stand in zwei Ehen:
1) mit NN., gestorben am 13. August 1841;
2) mit der noch lebenden NN.

Aus jeder dieser Ehen ist ein Kind vorhanden, und zwar:
ad 1. NN., geboren am 5. Mai 1839;
ad 2. NN, geboren am 24. April 1843.

Der Verstorbene hinterläßt ein außergerichtliches Testament vom 23. Juni 1845, nebst einem Nachtrag vom 9. Mai 1847.

In ersterem vermachte er der Wittwe einen Kindstheil, in dem Nachtrag traf er jedoch noch weitere Bestimmungen zu Gunsten der Wittwe, namentlich über den lebenslänglichen Nutzgenuß, welche jedoch von der Curatel des Kindes erster Ehe nicht anerkannt wurden.

Inzwischen wurde das Haus, welches den Hauptbestandtheil des Vermögens bildet, und beiderseitiges Einbringen in die erste Ehe ist, mit Einrichtung versteigert, und der Wittwe um 24,100 fl. zugeschlagen.

Es ist nunmehr die zweite Ehe ebenfalls abzuschließen, da die Wittwe zur weiteren Ehe schreiten will.

Die Mobiliarschaft ist versteigert, mit Ausnahme der Mobilien des Einbringens der zweiten Ehefrau.

Abtheilung.

	Vorrath. fl.	kr.	Abgang in I. Ehe. fl.	kr.	Abgang in II. Ehe. fl.	kr.
I. Ehe.						
A. Das Einbringen der I. Ehefrau ist . .	11813	31	3229	—	119	14
In die I. Ehe eingebrachte Schulden der II. Ehefrau betragen:						
1) die Hälfte des auf dem Hause versicherten Kapitales von 11,300 . 5650 fl.						
2) deßgleichen die Hälfte von 4000 . . . . . 2000 fl.	7650	—				
Nach deren Abzug bleibt sonach reines Einbringen der I. Ehefrau . . .	4163	31	3229	—	119	14
Im Ganzen 7511 fl. 43 kr.						
B. Das Einbringen des Mannes beträgt	603	15	6000	—	116	—
An Immobilien wie bei der Frau . .	11541	27	—		—	—
	12144	32	6000	—	116	—
Schulden wie bei der I. Ehefrau . .	7650	—	—	—	—	—
Nach deren Abzug bleibt sonach reines Einbringen des Mannes	4494	32	6000	—	116	—
Im Ganzen 10,610 fl. 23 kr.						

	fl.	kr.	Betrag I. Ehe. fl.	kr.	Betrag II. Ehe. fl.	kr.
C. Errungenschaft:						
1) an Ausständen			—	—	160	—
2) an Waarenvorräthen			—	—	1851	30
3) an Vieh 2c. 2c.			4	18	467	—
4) Kinderzeug			11	—	—	—
5) Verbesserungen des Hauses . .			725	—	—	—
Summa			740	18	2478	30
6) Abgetragene Schulden			260	—	—	—
			103	—	—	—
			38	40	—	—
			401	40	—	—
D. Berechnung der Errungenschaft:			740	18	2478	30
Hievon ab die Eheschulden mit . . .			401	40	—	—
Rest			338	38	2478	30

Summe der Errungenschaft:

Vorrath aus I. Ehe	383 fl.	38 kr.
Abgang in II. Ehe	2478 fl.	30 kr.
Summa	2817 fl.	8 kr.

Mit diesen 2817 fl. 8 kr. sind auszuliefern:

1) das abgängige männliche Illat . . . . 6000 fl. — kr.
2) das abgängige weibliche Illat . . . . 3229 fl. — kr.
im Ganzen 9229 fl. — kr.
hievon ab Vorrath . . . . 2817 fl. 8 kr.
so ergibt sich ein Eheverlust von . . . . . . 6411 fl. 52 kr.
hievon treffen $^2/_3$ den Mann mit . . . . 4274 fl. 34 $^2/_3$ kr.
$^1/_3$ die Frau mit . . . . 2137 fl. 17 $^1/_3$ kr.
wie oben 6411 fl. 52 kr.

	Vorrath. fl.	kr.	Abgang in II. Ehe. fl.	kr.
Abschluß der I. Ehe:				
1) das Gesammteinbringen des Mannes beträgt	10610	32		
hievon ab dessen Eheverlust . . .	4274	34 $^2/_3$		
bleibt alsdann Vatergut	—	—	6335	57 $^1/_3$
2) das Gesammteinbringen der Frau beträgt	7511	45		
hievon ab deren Eheverlust . . .	2137	17 $^1/_3$		
bleibt alsdann Muttergut	—	—	5374	27 $^2/_3$
Die Summe der Beschwerden beträgt sonach:				
1) gemeinsame Schulden	401	40		
2) Vatergut	6335	57 $^1/_3$		
3) Muttergut	5374	27 $^2/_3$		
im Ganzen	—	—	12112	5
Hiezu ist eine gleiche Masse vorhanden:				
1) Vorräthiges Einbringen der Frau	4163	31		
2) deren in II. Ehe abgängig gewordenes Einbringen, welches aus II. Ehe zu ersetzen ist	119	14		
3) vorräthiges Einbringen des Mannes	4494	32		
4) dessen in II. Ehe abgängig gewordenes Einbringen	116	—		
5) die in II. Ehe abgängige Errungenschaft I. Ehe	2478	30		
6) die vorräthige Errungenschaft . .	740	—		
gleich	—	—	12112	5

Abtheilung.

	Vorrath.		Abgang.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
II. Ehe.				
A. Einbringen der II. Ehefrau:				
1) an baarem Geld	—	—	4348	—
2) an Pretiosen, Silber- und Goldwaaren	57	—	—	—
3) an Bettung	144	—	—	—
4) an Weißzeug	118	12	—	—
5) an Kleidung	120	—	9	20
6) an Möbeln	15	—	—	—
7) Insgemein	15	30	—	—
	469	42	4355	20
Hiezu:				
8) Pathengeschenk des zweitehlichen Sohnes	108	30	22	24
Summa	578	12	4377	44
B. Einbringen des Erblassers:				
1) Antheil an dem Vermögen I. Ehe. .	6335	57 1/3		
2) angefallener Erbtheil während der II. Ehe	—	—	1000	—
Summa	6335	57 1/3	1000	—
	Partial.		Total.	
C. Errungenschaft II. Ehe:	fl.	kr.	fl.	kr.
1) an baarem Gelde	1200	—		
2) an Ausständen	100	—		
3) an Gold- und Silberwaaren . .	20	—		
4) an Vieh und Früchten	2278	21		
5) an Weißzeug	3	—		
6) an Möbeln	22	12		
7) an Kleidung	36	29		
8) an Metallwaaren	2	44		
9) an Getränken	691	30		
10) Insgemein	26	3		
11) Conferenden:				
a) eine erstehliche Schuld, welche in II. Ehe abgetragen wurde . .	4000	—		
b) eine deßgleichen	363	—		
c) Meliorationen am Hause . . .	292	6		
			9035	25
D. Gemeinsame Schulden II. Ehe	226	6		

	Partial.		Total.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
Abschluß des II. Eheinventars.				
Das während der II. Ehe angeschaffte Vermögen besteht in	—	—	9035	25
Hievon sind auszuliefern:				
1) das in II. Ehe abgängig gewordene Einbringen des Mannes in die I. Ehe .	116	—		
2) dessen abgängiges Illat in II. Ehe . .	1000	—		
3) das in II. Ehe abgängige Einbringen der ersten Ehefrau in I. Ehe . . .	119	14		
4) das abgängige Zubringen der II. Frau	4355	30		
5) das Pathengeschenk des zweitehlichen Kindes, soweit es abgängig wurde . .	22	24		
6) die in II. Ehe abgängige Errungenschaft I. Ehe	2478	30		
7) die gemeinschaftlichen Schulden II. Ehe	226	—		
Summa	—	—	8317	28
Es bleibt sonach eine Errungenschaft II. Ehe	—	—	717	57
Hievon gehören dem Manne $^2/_3$ mit . .	428	38		
" " der Frau $^1/_3$ mit . . .	239	19		
gleich	—	—	717	57
Resultat des Abschlusses beider Inventare.				
A. Das Muttergut des erstehlichen Kindes beträgt	—	—	5374	27$^2/_3$
B. Das Vatergut besteht:				
a) im Antheile des Mannes am Vermögen I. Ehe	6335	57$^1/_3$		
b) im Antheile an der Errungenschaft II. Ehe	478	38	6814	35$^1/_3$
Es trifft also am Vatergut je $^1/_3$:				
1) das erstehliche Kind	2271	31$^3/_4$		
2) das zweitehliche Kind	2271	31$^3/_4$		
3) die Wittwe der ihr vermachte Kindstheil	2271	31$^3/_4$		
gleich	—	—	6814	35$^1/_3$

Berechnung dessen, was jeder Erbe zu erhalten hat.

	Partial.		Total.	
	fl.	kr.	fl.	kr.
Vertheilung der ganzen Masse.				
1) Dem erstehlichen Kinde gebührt:				
a) dessen Muttergut	5374	27$\frac{2}{3}$		
b) dessen Vatergut	2271	31$\frac{3}{4}$		
Summa	—	—	7645	59$\frac{1}{12}$
2) Dem zweitehlichen Kinde gebührt:				
a) dessen Vatergut	2271	31$\frac{3}{4}$		
b) dessen Pathengeschenk	130	54		
Summa	—	—	2402	25$\frac{3}{4}$
3) Der zweiten Ehefrau gebührt:				
a) ihr Eheeinbringen	4825	2		
b) ihr Errungenschaftsantheil . . .	239	19		
c) ihr Kindstheil	2271	30$\frac{3}{4}$		
Summa	—	—	7335	51$\frac{3}{4}$
Ausgleichung.				
Die disponible Masse besteht:				
a) aus dem Erlös des Hauses	4100	—		
b) aus dem Mobiliar=Erlöse	1000	55		
c) aus den Ausständen	100	—		
d) aus den vorräthigen Getränken . . .	691	30		
e) aus dem vorräthigen Mobiliar der zweiten Ehefrau	469	42		
f) aus dem vorräthigen Pathengeschenk des zweiten Ehekindes	108	30		
g) Vorrath an Vieh, Früchten rc. . . .	2495	—		
			28965	37
Hievon ab Zählgeld aus dem Mobilienverstrich	—	—	16	40
Bleibt Rest	—	—	28948	57
Hievon sind auszuliefern:				
1) an Schulden und Zinsen	11564	40		
2) die zweite Ehefrau	7535	51$\frac{3}{4}$		
3) das erstehliche Kind	7645	59$\frac{1}{2}$		
4) das zweitehliche Kind	2402	25$\frac{3}{4}$		
gleich	—	—	28948	57

	fl.	kr.
Einweisung:		
Eingewiesen werden:		
1) das Kapital von 11300 fl. an den Hauskaufschilling	11300	—
Die Zinsen daraus an die Baarschaft von 984 fl. 15 kr.	226	—
2) die Schuld zu 38 fl. an die Baarschaft von 984 fl. 15 kr.	38	—
3) das erstehliche Kind mit 7645 fl. 50 kr. an den Hauskaufschilling	7645	59
4) deßgleichen das zweitehliche Kind mit 2402 fl. 25³/₄ kr.	2402	25³/₄
5) die Wittwe mit 7335 fl. 51³/₄	7335	51³/₄
an den Rest des Hauskaufschillings mit . . . . 2751 fl. 34¹/₄ kr.		
an den Rest der Baarschaft . 719 fl. 35 kr.		
an die Ausstände mit . . 100 fl. — kr.		
an den Vorrath der Getränke 691 fl. 30 kr.		
an die eingebrachten Mobilien 469 fl. 42 kr.		
an die vorhandenen Früchte . 2495 fl. — kr.		
Summa 7335 fl. 51 kr.		

Titulus VII.

Von dem Usufructu, oder Nießbrauch des letztlebenden Ehegatten.

§ 1.

Der Letztlebende wie lange er Haus und Güter genieße.

„Der letztlebende Ehe=Gatt solle alle in dem Jahr, da „eine Frau oder Mann gestorben, auf des vorverstorbenen „Manns oder Frauen Güteren wachsende und bereits in dem „Feld ausstehende Früchten und Wein=Crescenz haben, die „Fructus naturales aber, welche noch in dem Feld stehen, „und ohne vorhergehenden Bau wachsen, als das Heu und „Obst, wie auch die Fructus civiles, als Zinns, Interesse, „sodann die andere Baarschaft, Mobilien, Vieh und Geschirr, „sollen des abgelebten Ehe=Gatts Erben innerhalb 30 Tagen, „die Behausung aber innerhalb einem Viertel Jahr nach „dessen Tod, abgetretten werden.“

§ 2.

Wie lang das Ueberlebende den Nießbrauch habe.

„Wann das verstorbene Ehe=Weib oder Mann Kinder „hinterlassen, so soll das Ueberlebende, so lang solches in „ohnverrücktem Wittib=Stand verbleibet, den Usumfructum „oder Nießbrauch in des verstorbenen Güteren völlig haben.“

§ 3.

Die Kinder seynd zu unterhalten, und auszusteuern.

„Dahingegen auch die Kinder biß zu erlangter ihrer „Majorennität, nemlich biß nach erlangtem und vollständig „zurückgelegtem 25ten Jahrs ihres Alters, oder biß dieselbe „in geistlichen oder weltlichen Stand treten, und alsdann ihre „eigene Haushaltung anfangen würden, behörig zu unter= „halten, und bei Antrettung des Standes auszusteuern „schuldig seind; Da aber der letztlebende Ehe=Gatt zur andern „Ehe schreiten würde, so solle selbiges zwar die in der ersten „Ehe erzielte Kinder biß zu End ihrer Minderjährigkeit, „oder so lang sie in Elterlichem Brod bleiben, in allem zu „unterhalten und zu ernähren verbunden bleiben, da hingegen

Wie es zu halten, wann zu weiteren Ehe geschritten wird.

„aber auch solcher Kinder anerfallene Elterliche Erb=Portion „biß zu deren Majorennität oder Standesveränderung zu „geniessen haben. Wann aber

§ 4.

Wann Vätter= oder Mütterliches herauszugeben.

„In Fällen, wo ein letztlebender Ehe=Gatt zur andern „Ehe geschritten, und ein Kind vor würklich erlangter Majoren= „nität sich verheurathen, oder in geistlichen Stand tretten, „sofort seine eigene Haushaltung anfangen würde, solle als= „dann demselben auf Verlangen dessen Antheil der würklich „ererbten Vätter= oder Mütterlichen oder anderer ihme zu= „stehenden Güteren ohnweigerlich ausgelieffert werden, es „wäre dann, daß von dem abgelebten Ehe=Gatten entweder in „denen Ehepakten, oder durch ein Testament wegen der „Nutznießung ein anderes verordnet, und sothane Nutz= „nießung dem Letztlebenden auf Lebenslang bedungen, oder „verordnet worden, dergestalten jedoch, daß, soviel diejenige, „welche in einen geistlichen Ordens=Stand in= oder ausserhalb „Lands gehen, es diesertthalben bei der von Weyland Unserm „in Gott ruhenden Herrn Chur=Vorfahren unterm 5. April „1737 [1]) erlassenen, und diesem unserem Landrecht bei= „gedruckten Verordnung sein unabänderliches Bewenden haben „solle."

§ 5.

Was ein Vatter wegen seiner Stiefkinder Güter zu beobachten habe.

„Solle ein Stief=Vatter, der seiner Vorkinder Güter „also genießet, keine notabele Veränderung darinnen machen, „als zum Exempel mit Rothung deren Weinbergen, Anbauung „Hauses, Hoff und Scheuren, wodurch denen Kindern öfters „ihre Güter, nach deren erreichten Majorennität, unter dem „Vorwand gemachter Verbesserung und ausserordentlichen „Baukösten, lang vorenthalten, oder endlich gar entzogen „werden; Wann aber solche Anbauung und Rothung mit „Wissen des Gerichts geschehen, welches hierüber sich informiren „soll, ob es nothwendig, oder deren Kindern Zustand nach, „nützlich seie (als wozu sie zwei deren Kinder nächste Freunde, „oder in deren Abgang zwei unparteiische redliche Nachbahrn „zuziehen, dieselben vernehmen, und dießfalls einen schrift= „lichen Bescheid ertheilen sollen), so muß dem Stief=Vatter „oder der Stief=Mutter das Kind die dießfalls gehabten „Kösten ersetzen. oder sich abziehen lassen, wenn es aber auf „diese Weiß nicht, sondern eigenen Gefallens, ohne Vor= „bewußt und Erkanntnuß des Gerichts, geschehen wäre, so ist „das Kind etwas diesertwegen zu vergüten nicht schuldig, „es seie dann, daß der Stief=Vatter oder Stief=Mutter

[1]) Nach dieser Verordnung darf bei Strafe der Nichtigkeit den in einen geistlichen Orden tretenden männlichen oder weiblichen Personen mehr nicht als 1000 fl. an Geld und an Kleidung, Ausstattung 2c. im Werthe von 500 fl. zur Abmehrung gegeben werden. (§ 220.)

„rechtlicher Gebühr nach darthun und erweisen könnte, daß „sothane Verwendung zu deren Vorkinder wahren Nutzen „und Besten geschehen seie."

§ 6.

Was derselbe ihnen abzuziehen befugt.

„Weilen sich auch öffters zutraget, daß die Eltern, „sonderlich aber Stief-Vatter oder Stief-Mutter ihren Kin„deren, wann sie denenselben nach erreichten völligen Jahren, „oder bei ihrer Verheurathung und Antretung eines Stands, „das ihrige lieffern sollen, Kostgeld und andere etwa gethane „Auslagen, unter dem Vorwand, als wann zu deren Kinderen „erster Ehe-Verpflegung die Blum oder Genuß ihrer Vätter„oder Mütterlichen Erb-Portion nicht erklecklich gewesen „wäre, aufrechnen wollen, oder auch, wann sich ein Sohn „oder Tochter in den ehlichen Stand begiebt, denselben allzu„kostbare und ihrem Vermögen gar nicht proportionirte „Handstreichs- und Hochzeits-Mahlzeiten anzustellen, auch „übermäßige Kleidung anzuschaffen pflegen, und nachgehends, „wann es zur Liefferung kommt, denen unverständigen jungen „Leuten alle darauf gegangene Unköften an ihrem Vätter„und Mütterlichen abziehen wollen, als sollen alle und jede, „die sich an solche Personen, wo Kinder allschon vorhanden „gewesen, verheurathet haben, oder noch verheurathen werden, „wann sie ihre Vorkinder um den Genuß ihres Vätter- oder „Mütterlichen in ehrlicher Kost und Kleidung nicht unter„halten, und entweder zu denen Studiis oder ehrbaren Hand„werker auferziehen wollen, ein solches alsobald dem Gericht „anzeigen, und sich bei demselben Bescheids erholen, welches „aber zuvor deren Vorkinder Vormündere darüber vernehmen „solle, widrigenfalls sothanen Eltern nach der Hand diese „ihre Vorkinder weder für Kost noch Kleidung den geringsten „Heller hinwiederum zu ersetzen, auch die Kinder an Hand„streichs oder Hochzeitsköften mehr nicht, als was andere „gute Wirthschafter ihrem Stand gemäß in diesen Begeben„heiten anzuwenden pflegen, gut zu thuen schuldig sein sollen."

§ 7.

Wann und wie lang ein Ehegatt in zweiter Ehe die Nutznießung habe.

„Wann ein Vatter oder Mutter in zweite Ehe schreitet, „soll er oder sie vor allen Dingen schuldig und gehalten sein, „vor der würklichen Copulation über seiner Kinder Mütter„oder Vätterliche Erb-Portion ein gerichtliches Inventarium „verfertigen zu lassen, falls aber solches unterlassen würde, „soll der zur zweiten Ehe schreitende Theil des Nießbrauchs „verlustiget sein, im Uebrigen soll der Vatter oder die Mutter „die Früchten und Wein von dem Jahr, in welchem sich „ihre Kinder verehlichen, oder selbige in geistlichen Stand „getretten, oder großjährig worden, annoch haben, und soll „es mit dem Uebrigen gehalten werden, wie oben § 1 ge„meldet ist."

§ 8.

Klösterlicher Profeß deren Eltern endiget den Nießbrauch.

„Wann Vatter oder Mutter in ein Kloster gehen, so „hat der Nießbrauch, den sie, vermög Rechtens oder dieses „Statuti, in ihrer Kinder Habschaft hätten, ein End, sobald „sie Profeß gethan haben werden."

§ 9.

Wann Nießbrauch eine Caution erfordere.

„Der Vatter oder Mutter, welche in deren Kinder „Güter den Nießbrauch haben, seind keine Caution dafür zu „stellen schuldig, es seie dann, daß eine Gefahr der Ver„schwendung vorhanden, auf welchen Fall dann dieselbe in „Ansehung der Substanz, daß dieselbe in salva et integra „erhalten bleibe, auf beschehene und wahr befundene Anzeig „deren Kinder oder Befreunden, oder derselben Vormunderen, „oder auch durch das Gericht von Amtswegen zu Leistung „einer gerichtlichen Caution angehalten werden sollen."

---

§ 162.

Einleitung.

Im VII. Titel behandelt das M. L. R. die Rechte des überlebenden an dem Nachlaß des verstorbenen Gatten, und zugleich des ersteren Pflichten gegen die mit dem verstorbenen Gatten erzeugten Kinder. Der Inhalt dieses Titels vervollständigt hiemit die aus dem ehlichen Verhältnisse fließenden, in Tit. III. u. IV. entwickelten Güterrechte, unterscheidet sich aber von diesen insoferne, als er nicht die Rechte berührt, welche jeder Gatte während der Ehe für sich als Eigenthumsrechte erwirbt, sondern jene Rechte, welche ihm am Eigenthum resp. Nachlaß des anderen Gatten gewährt werden sollen, und betrifft sonach eine Materie des Erbrechtes der Ehegatten.

Die deutschen Gesetze haben für den überlebenden Gatten weit besser als das römische Recht gesorgt, denn während nach römischem Rechte der überlebende Gatte nur dann einen Erbanspruch hatte, wenn gar keine Verwandten vorhanden waren (§ 233), scheiden die meisten Partikularrechte Deutschlands sowohl dem Wittwer als der Wittwe, sogar bei der Concurrenz mit leiblichen Kindern, einen gewissen Theil an dem Nachlasse des verstorbenen Gatten zu. Dieser Theil heißt portio statutaria, weil dieses ganze Successionsrecht am frühesten durch Statute einzelner Städte zum Gesetz erhoben wurde.

Bei der unendlichen Verschiedenheit der Landrechte besteht indeß deutschrechtlich kein gemeines Recht über diese Fragen. Im Allgemeinen entscheidet über die rechtliche Beurtheilung der einzelnen Vermögensarten, welche der überlebende Gatte bekommt, die Regel, daß da, wo der Ehegatte einen in Beziehung auf den ganzen Nachlaß des anderen Gatten bestimmten Theil erhält, er als Erbe gilt, dagegen da, wo er einzelne

Gegenstände, oder eine gewisse Summe erhält, und da, wo er den Nießbrauch hat, als Legatar zu betrachten ist.

Wenn in einem Gesetze die statutarische Portion besteht, und nicht ausdrücklich davon abhängig gemacht ist, daß der überlebende Gatte sein Vermögen oder einen Theil desselben in die Ehe eingebracht haben müsse, um die statutarische Portion zu erhalten, ist anzunehmen, daß er zu diesem Einbringen seines Vermögens in die Ehe auch nicht verpflichtet sei, d. h. die statutarische Portion ist von dem Bestehen einer ehlichen Gütergemeinschaft nicht abhängig, und kann auch dann von dem überlebenden Gatten verlangt werden, wenn in dem Ehevertrag die Gütergemeinschaft ausgeschlossen wurde; denn die statutarische Portion wird als ein Erbantheil angesehen, während der Erwerb aus der Gütergemeinschaft sich auf die Gatten als Ausfluß des Eigenthumsrechtes vertheilt.

Werden in einem Lande, in welchem die statutarische Portion vorkommt, Eheverträge errichtet, so ist anzunehmen, daß ein Verzicht auf die statutarische Portion nicht zu präsumiren sei, weil überhaupt Verzichte nicht vermuthet werden, vielmehr die Vermuthung gilt, der verstorbene Gatte habe dem anderen Gatten neben dem gesetzlichen Rechte noch Weiteres zuwenden wollen, und weil überhaupt durch Eheverträge nur jene Bestimmungen des Gesetzes abgeändert werden, welche in dem Vertrage ausdrücklich erwähnt sind. Eine Ausnahme ergibt sich nur dann, wenn aus dem Ehevertrag klar zu entnehmen ist, es sei damit beabsichtiget worden, die Successionsverhältnisse der Gatten vollständig und definitiv zu ordnen. Hier entscheidet der Grundsatz, daß der Vertrag vor dem Gesetze gelte.

Dieses Erbrecht der Ehegatten besteht nun theils a) in einem Erbrecht an der Vermögenssubstanz, welches in Tit. XIV. § 10 des M. L. R. behandelt ist, und daher auch an jener Stelle erst weitere Erwähnung finden soll. Dieses Recht ist offenbar aus dem römischen Rechte abgeleitet; b) aus einem Erbrechte an den Früchten des Nachlasses des verstorbenen Gatten (Tit. VII. des M. L. R.), und c) aus einem Nutzgenuß an der Verlassenschaft des verstorbenen Gatten. (Tit. VII. § 2 des M. L. R.)

Diese beiden letzteren Arten der Erbrechte stammen vorzüglich aus deutscher Quelle, wie dieses auch in manchen Statuten ausdrücklich erwähnt ist, z. B. in der Frankf. Reform., Vorrede zu Thl. V. [1]), dann Thl. V. Tit 4 § 1.

Auch in den zum Kurfürstenthum Mainz gehörigen Bezirken bestanden über diese Frage verschiedene Gewohnheiten, indem z. B. in der Grafschaft Königstein und in der Wetterau dem überlebenden Gatten, auch wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden waren, der lebenslängliche Nutzgenuß an den Liegenschaften des Verstorbenen gebührte, (Klotz, de usu fructu conjugum statut), während nach der Philippinischen Verordnung von 1655 bei dem Ableben eines Gatten und bei Mangel von Kindern die ganze Errungenschaft, und resp. der Errungenschaftsantheil des Verstorbenen dem Ueberlebenden erb- und

---

[1]) „Neben denen (Verwandten) Allen auch die Ehegemahlen desselben Verstorbenens, auch ihre Erbgerechtigkeit haben, nicht von gemeiner Recht, sondern den Landbräuchen und Statuten nach".

eigenthümlich verblieb [1]). (Erk. des H. G. vom 21. April 1756, J. S. Baumann gegen Leibmann.)

Als Grund des statutarischen Erbgenusses wird in den Partikularrechten die aus dem Eheband folgende natürliche Billigkeit hervorgehoben [2]).

Wenn es nun nach Allem dem keinem Zweifel unterliegt, daß der Ursprung der statutarischen Portion in dem deutschen Rechte zu sichern ist, so ist doch der rechtliche Begriff, namentlich was den Nießbrauch betrifft, aus dem römischen Rechte abzuleiten. Es deutet dieses schon das in der Aufschrift zu Tit. VII. des M. L. R. gebrauchte Wort »usus fructus« an, welches das Statut gewählt hat, ohne die damit verknüpfte gemeinrechtliche Bedeutung zu ändern.

§ 163.

Begriff des Nießbrauches.

Nießbrauch (in mehreren Statutarrechten Leibzucht oder Beisitz [3]) genannt) ist das Recht, eine Sache, an welcher ein anderer das Eigenthum hat, wie der Eigenthümer selbst zu benutzen, unter der Verbindlichkeit jedoch, das Wesen (Substanz) der Sache zu erhalten. Zweck der Nutznießung ist daher, dem Nichteigenthümer die Vortheile des Eigenthümers als persönliches Recht zeitweilig zuzuwenden, ohne daß dadurch die Sache selbst ein Theil des Vermögens des Nutznießers wird, und dem Eigenthümer gänzlich entfremdet werden soll.

Das römische Recht behandelt diesen Gegenstand im 7ten Buch, dann in Titel 2 Buch 33 der Pandekten, dann in Buch 3 Titel 33 des Codex und Buch 2 Titel 4 u. 5 der Institutionen.

---

[1]) Diese Anordnung ist ähnlich mit der Theorie von der „gesammten Hand“ der Ehegatten, welche in den fränkischen und rheinischen Statutarrechten eingebürgert ist, auf einem Mitverwaltungsrechte der Ehefrau beruht, und bei kinderlosen Ehen dem überlebenden Gatten volle Succession, bei beerbten Ehen aber Eigenthum der ganzen Errungenschaft zusichert. Der Ausdruck „gesammter Hand“ erscheint auch im M. L. R. Tit. IV. § 2, ist also diesem Gesetze nicht fremd; die Erbschaft des überlebenden Gatten, welche mit dem Institut der gesammten Hand verbunden war, wurde jedoch in eine fideicommissarische Erbschaft umgewandelt.

[2]) Frankf. Reform. Thl. V. Tit. 4 § 1. — Solmser, L. R. Thl. II. Tit 28 § 1. „Wiewohl kaiserlichen Rechten nach, Eheleute einander nicht erben, es sei dann von dem verstorbenen Ehegemahl zumal keine Erben, weder in ab- noch aufsteigender, noch auch der Zwerchlinien vorhanden (welches sich doch selten zuträgt), jedoch dieweil ja billig ist, daß ein Ehegemahl von dem andern von wegen ihrer christlichen und ehlichen Beiwohnung und höchster zusammen verpflichteter Treu und Freundschaft, nachdem sie auch durch die Verehlichung ein Fleisch und Leib werden, etwas Ergetzlichkeit ihrer sämtlich in ihrem Ehestand mit einander gehabter Sorg, Mühe und Arbeit bekomme, und derwegen fast allenthalben im Reich teutscher Nation brauchlich, auch durch sondere Statuten versehen, daß Eheleute einander, doch mit einer Maaß auch erben sollen und mögen: Als ordnen, setzen und wollen wir, da zwei Eheleut ohne sondere pacta und Gedinge .... zusammen sich verheurathet, ... und eines vor dem andern sonder Geschäfte und letzten Willen mit Tod abgeht: Daß alsdann dessen Erstverstorbenen liegende Güter ..... doch der letztlebende sein Lebenlang den Beisetz dabei haben soll.“

Der Beisitz ist hier als Ausfluß des Erbrechts erklärt. Auch das bayer. L. R. Thl. I. cap. 6 § 38 setzt den Nießbrauch des überlebenden Gatten unter das Intestaterbrecht der Eheleute.

[3]) Die Benennung Beisitz stammt daher, daß der Wittwer oder die Wittwe, um den Nießbrauch zu behalten, nicht mehr heirathen durfte, und daher gezwungen war, bei ihren Kindern zu wohnen (sitzen zu bleiben).

Die in l. 1 D. (7. 1) aufgestellte Definition lautet: »usus fructus est jus, alienis rebus utendi, fruendi, salva earum substantia.

Es sind zur Bezeichnung des Verhältnisses in dieser Definition die beiden Richtungen hervorgehoben, in welchen körperliche Sachen das menschliche Bedürfniß befriedigen können; der Nießbrauch wird nämlich usus genannt, soferne er die Befugniß der unmittelbaren Anwendung der Sache selbst für unsere Zwecke gewährt, und fructus weil er zur Zueignung ihrer Erzeugnisse berechtigt. Schon in dem Namen selbst liegt also die Andeutung, daß die dadurch eingeräumte Herrschaft nicht die Sache selbst, sondern nur die Anwendung derselben treffe. Aus dem Nachsatze der Definition (salva rerum substantia) folgt ferner, daß der Nießbrauch nur solange dauert, als die Sache selbst, daß der Nutznießer sie so gebrauchen muß, daß sie unversehrt bleibt, und daß dieses Recht nur an solchen Sachen stattfindet, welche durch den Gebrauch nicht verzehrt werden. Für den Gebrauch verzehrbarer oder unkörperlicher Sachen, z. B. Früchte, Rechte und Forderungen, wird der Ausdruck quasi usus fructus gebraucht.

Das Recht selbst muß natürlich einen Nutzen gewähren, es kann sich aber ebensogut auf ein ganzes Vermögen, als auf einzelne Sachen beziehen.

Im Sinne des M. L. R. ist Nießbrauch das Recht des überlebenden Ehegatten, den Erbtheil der mit dem verstorbenen Gatten erzeugten Kinder unbeschadet des Eigenthumsrechtes derselben zu genießen.

§ 164.

Erwerbungsarten des Nießbrauches.

Der Nießbrauch wird auf verschiedene Weise erworben, und zwar durch Vertrag, durch Testament oder durch das Gesetz.

A. Durch Vertrag kann der Nießbrauch erworben werden gemäß Tit. I. § 1 und Tit. VII. § 4 des M. L. R., weil überhaupt alle Eheberedungen, sie mögen etwas von künftiger Erbschaft enthalten, oder nicht, in Kraft bleiben sollen, vorausgesetzt, daß nicht durch die Erzeugung von Kindern diesen Rechte erwachsen, welche die gegenseitigen Verfügungen der Eltern nach Tit. VIII. § 10 des M. L. R. beschränken. (S. 64.)

Sind bei dem Tode des einen Gatten Kinder am Leben, so tritt zwar der Nutzgenuß des überlebenden Gatten von selbst gemäß Tit. VII. § 2 des M. L. R. ein, allein selbst in diesem Falle kann der durch Eheverträge errichtete Nießbrauch noch von wesentlicher Bedeutung werden, jenachdem der erstverstorbene Gatte einer dritten Person ein Legat zc. vor oder nach Errichtung des Ehevertrages vermacht hat. Ist nämlich durch Ehepakten der Beisitz an allen Gütern des verstorbenen Gatten errichtet, so ist der Ueberlebende keineswegs schuldig, jenes Vermächtniß sofort nach dem Tode seines Gatten herauszugeben, sondern er kann solches wegen des im Vertrag verschriebenen Beisitzes auf seine Lebensdauer zurückbehalten und genießen, weil ein vor dem Ehevertrag errichtetes Testament durch ersteren allerdings widerrufen und abgeändert, Eheverträge aber einseitig durch Testamente nicht aufgelöst werden können. Andernfalls hätte der überlebende Gatte nur den Beisitz in demjenigen

Vermögen seiner Kinder (Tit VII. § 9), welches diesen vom verstorbenen Elterntheile zugefallen ist. (Erk. des Rev.=G. vom 12. Februar 1794, J. S. Scherer gegen Scherer.)

B. Durch Testament kann der Nießbrauch verschafft werden nach Tit VII. § 4 und Tit. XI. § 3. Gemäß dieser gesetzlichen Bestimmungen kann eine Erweiterung [1]) des statutarischen Nießbrauches, d. h. eine Vergünstigung für den überlebenden Gatten sowohl durch Ehevertrag als Testament dahin verfügt werden, daß der letztlebende Ehegatte (also nur der leibliche Elterntheil) den Nutzgenuß auch dann auf Lebensdauer behält, wenn er zur weiteren Ehe geschritten ist, selbst wenn sich seine Kinder versorgen, während der statutarische Nutzgenuß bei der Wiederverehlichung des einen oder anderen Gatten mit der Versorgung der Kinder erlischt.

Ist den Kindern das ganze Vermögen als Erbe hinterlassen, und dem überlebenden Gatten gleichmäßig der Nutzgenuß am ganzen Vermögen vermacht, so können die Kinder gemäß Tit. XI. § 3 übereinstimmend mit Tit. VII. § 3 während der Lebensdauer des überlebenden Gatten nur eine Aussteuer bei ihrer Versorgung verlangen. Sind aber die Kinder nur auf den Pflichttheil eingesetzt, so kann dieser Pflichttheil mit einem Nießbrauche nicht beschwert werden (Tit. IX. § 11), weil durch den Nutzgenuß der Pflichttheil geschmälert, und somit aufhören würde, ein voller Pflichttheil zu sein.

Diese Befreiung des Pflichttheiles von der Belastung mit dem Nutzgenuß äußert sich jedoch erst dann, wenn der überlebende Gatte den Pflichttheil selbst herauszugeben schuldig wird, also bei Versorgung der Kinder, denn bis dahin steht dem überlebenden Gatten mit der Pflicht der Ernährung und Erziehung der Kinder auch der Nutzgenuß an ihrem ganzen Vermögen [2]), also auch an ihrem elterlichen Pflichttheile zu.

C. Durch das Gesetz. Alle benachbarten Landrechte, z. B. das kurpfälzische, das Nassau'sche, Solms'sche, Köln'sche, Worms'sche und Wetzlarer verordnen diesen Beisitz zum Theil sogar ohne Unterschied, ob Kinder vorhanden sind oder nicht, namentlich gestattet ihn die Frankf. Reform. dem überlebenden Gatten in Thl. V. Tit. IV. § 1 selbst für den Fall, wenn aus der fraglichen Ehe keine Kinder vorhanden sind.

Nach M. L. R. werden nach dem Tode des einen Ehegatten, gemäß Tit. III. § 1, die Güter der Errungenschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen nach Schwert= und Rockentheil abgesondert, oder wenn Kinder die Erben sind, wenigstens de jure als abgesondert gedacht. Nach dem alten Landbrauch mußte der überlebende Gatte den erbschaftlichen Antheil des verstorbenen Gatten den Kindern im Falle ihrer Versorgung ohne weiteren Anspruch auf Nutzgenuß abtreten, und sofort auch beim Tode des andern Gatten inventiren lassen.

---

[1]) Was die Möglichkeit der Erweiterung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Gatten zum Nachtheile der Erben des Verstorbenen betrifft, so schlägt diese Frage auch mit in das Erbrecht ein, wohl aber ist hier hervorzuheben, daß eine Beschränkung nur unter der Voraussetzung gestattet ist, daß der überlebende Gatte dazu seine Einwilligung ertheilt hat. Es ergibt sich dieses aus der Natur des von einem Gesetze eingeräumten Rechtes. (Sandhaas, fränk. ehl. Güterrecht S. 200.)

[2]) Es ist dieses der elterliche (nicht der ehliche) Nutzgenuß, welcher sich auch auf die Sondergüter (Peculien) der Kinder erstreckt. (M. L. R. Tit. VI. § 5.)

(Erk. des Rev.-Ger. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

Sowie nun nach den meisten Statutarrechten dem überlebenden Gatten ein Antheil an dem Vermögen des Verstorbenen unter dem Namen portio statutaria gebührt, so wurde jener Landbrauch auch durch das M. L. R. von 1755 dahin abgeändert, daß a) nach Tit. VII. § 1 dem letztlebenden Gatten ohne Rücksicht auf die vorhandenen Erben ein Theil der Früchte aus dem Vermögen des Verstorbenen, und b) nach Tit. VII. § 2 im Falle Kinder vorhanden sind, als Regel der lebenslängliche Nutzgenuß an dem Nachlaß des verstorbenen Gatten zufallen soll. In dem Ausnahmsfalle einer Wiederverehlichung verliert jedoch der überlebende Gatte den Nießbrauch von der Versorgung der Kinder an als Strafe zweiter Ehe, außer wenn ihm durch Ehevertrag oder Testament nach Tit. VII. § 4 und Tit. XI. § 3 der lebenslängliche Beisitz verschafft ist. So lange also der Nießbrauch nach dem Gesetze währt, beruht er nicht auf einem Titel der Freigebigkeit, wohl aber dann, und von dem Augenblicke an, wo er gemäß Ehevertrag oder Testament beginnt, also z. B. bei Wiederverehlichung des Berechtigten vom Augenblicke der Versorgung der Kinder. Es ist dieses von Wichtigkeit bezüglich der Frage über die Einrechnung des Nutzgenusses in den dem zweiten Ehegatten verschafften Kindstheil. (Tit. I. § 2. Tit. VIII. § 10 des M. L. R.) Was also durch das Statut Tit. VII. § 2 bei unverrücktem Wittwenstand ipso jure eintritt, kann auch durch Vertrag oder Testament auf den Fall der Wiederverehlichung ausgedehnt werden, jedoch mit dem einzigen Unterschiede, daß der Werth des testamentarischen oder vertragsmäßigen Beisitzes des zweiten Ehegatten in keinem Falle den geringsten Erbtheil der Vorkinder übersteigen darf. Zu dem, was dem zweiten Ehegatten auf irgend eine Weise zugewendet worden ist, ist auch dieser Nutzgenuß einzurechnen. (§ 215.)

Da nun der vertragsmäßige oder testamentarische Nutzgenuß weiter gehen kann, als der gesetzliche, so findet letzterer nur dann statt, wenn nicht durch Vertrag oder Testament über die Rechte des überlebenden Gatten am Vermögen des Verstorbenen etwas bestimmt ist. Der auf diese Weise verschaffte Nutzgenuß verleiht auch nicht eigentliche Erbrechte (§ 174 a), sondern nur die Rechte eines Fideicommisses. (§ 203 nr. 6.)

Die Bestimmung in Tit. VII. § 2 des M. L. R., daß der überlebende Ehegatte, so lange er im unverrückten Wittwenstande verbleibt, beim Vorhandensein von Kindern den Nießbrauch in des verstorbenen Gatten Gütern völlig haben solle, führt zu dem Bedenken, ob darunter der ganze Nachlaß des verstorbenen Gatten in der Weise zu verstehen sei, daß der Verstorbene durchaus keinen Theil seines hinterlassenen Vermögens durch letztwillige Verfügungen dem Nießbrauche seines Ehegenossen zu entziehen berechtigt sei, ob also, wenn durch Testament außer den Kindern drittere Personen mit Erbschaften oder Vermächtnissen bedacht worden wären, die Wittwe oder der Wittwer nicht schuldig sein würden, die anderen Personen verschafften Nachlaßtheile eher an diese auszuhändigen, als bis sich ihr Nutzgenuß gesetzlich endiget.

Unbezweifelt steht es nach Tit. IX. § 4 des M. L. R. fest, daß die Kinder nur ihren Pflichttheil von den Eltern auf den Todesfall fordern können, und daß auf diesen Pflichttheil nach Tit. IX. § 11 weder

durch Eheverträge noch Testamente dem andern Ehegatten zu Gunsten ein Nießbrauch gelegt werden darf.

Wenn also das Gesetz den Umfang des ehlichen Nießbrauches auf jene Nachlaßtheile des verstorbenen Gatten einschränken würde, welche den Kindern wirklich zugefallen sind, so müßte es in der Willkühr des verstorbenen Gatten liegen, durch Setzung der Kinder auf den Pflichttheil und anderweitige Verfügung über den Rest seines Vermögens dem überlebenden Gatten den ehlichen Nießbrauch ganz zu entziehen, weil jener Pflichttheil der Kinder mit einem Nießbrauche nicht beschwert werden darf; der überlebende Gatte würde äußersten Falles nur den elterlichen Nießbrauch an dem Pflichttheile der Kinder so lange haben können, als diese Kinder noch in seinem Brode stehen. Diese Annahme hat auch in der That Alles für sich.

In Tit. VII. § 3 heißt es ausdrücklich: Da aber der letztlebende Ehegatte zur anderen Ehe schreiten würde, so solle er ꝛc. auch solcher Kinder anerfallene elterliche Erbportion ꝛc. zu genießen haben.

Ferner sprechen dafür, daß der ehliche Nießbrauch sich nur auf das wirklich empfangene Vater- oder Muttergut der Kinder erstreckt, folgende Gesetzesstellen: Tit. VII. § 4 „Antheil der wirklich ererbten väterlichen oder mütterlichen Güter", Tit. VII. § 4 „solle ein Stiefvater, der seiner Vorkinder Güter also genießet", Tit. VII. § 5 „wenn zu der Kinder erster Ehe Verpflegung der Genuß ihrer väterlichen oder mütterlichen Erbportion nicht erklecklich gewesen wäre", und „wann sie ihre Vorkinder um den Genuß ihres Väterlichen oder Mütterlichen ꝛc.", Tit. VII. § 7 „soll über seiner Kinder mütterliche oder väterliche Erbportion ein Inventar errichten lassen ꝛc., falls aber solches unterlassen würde, soll der zur zweiten Ehe schreitende Gatte des Nießbrauchs (an jenem Vermögen) verlustig sein", Tit. VII. § 8 „so hat der Nießbrauch, den sie vermöge Rechtens oder dieses statuti (des M. L. R.) in ihrer Kinder Habschaft hätten", Tit. VII. § 9 „der Vater oder Mutter, welche in deren Kindern Güter den Nießbrauch haben". Am deutlichsten spricht sich das Gesetz in Tit. XI. § 3 „Vermachte ein Mann seiner Frau, oder die Frau ihrem Mann den Nießbrauch aller Güter ꝛc." dahin aus, daß dem überlebenden Gatten kein unbedingtes Recht auf den Nießbrauch des ganzen Nachlasses zustehe, sondern daß der betreffende Gatte in der Befugniß letztwillig über sein eigenes — zugebrachtes und erworbenes — Vermögen zu disponiren, nur durch die Pflichttheilsberechtigung seiner Kinder gesetzlich beschränkt ist, und außerdem durch Eheverträge beschränkt werden kann. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Februar 1794, J. S. Scherer gegen Scherer.)

Der große Vortheil der Eheverträge auch bezüglich des gesetzlichen ehlichen Nutznießungsrechtes ergibt sich hieraus von selbst.

Auch das gemeine Recht (Nov. 117 cap. 5) bringt das Erbrecht der Wittwe, und ein solches ist der statutarische Nutzgenuß derselben offenbar, mit den Eheverträgen in Zusammenhang, indem es jenes Erbrecht nur dann gestattet, wenn nicht durch solche Verträge für die Wittwe gesorgt wurde.

Die Anordnung des M. L. R. Tit. VII. § 2 über den völligen Nutzgenuß des überlebenden Gatten bezieht sich daher nur auf einen Intestaterbfall.

Mit dieser Auslegung stimmt auch die verwandte Frankf. Reform. überein, welche verordnet: Thl. V. Tit. 7 § 2 „doch steht jedem (Ehegenoß) bevor und frei, in andern seinen zugebrachten, auch seinen halben Theil der errungenen Güter nach seinem Gefallen zu testiren oder zu verschaffen", Thl. V. Tit. 8 § 1 „dieweil dann diese unsere Reformation verordnet, daß dem letztlebenden Ehegemal der Beysiß und usus fructus bei des abgestorbenen nachgelassenen und unverschafften Gütern bleiben solle, doch daß derselbe den Kindern ꝛc. Caution zu thun schuldig ꝛc." [1]).

Ein vor Eingehung der Ehe errichtetes Testament wird durch den gesetzlichen Nutzgenuß an und für sich nicht ungültig, wohl aber durch die in der Ehe gebornen Kinder vernichtet (rumpirt), wenn in dem Testamente auf diese Kinder gar keine oder nicht die gehörige Rücksicht genommen ist. Werden in dieser Ehe keine Kinder geboren, so gebührt dem überlebenden Gatten ohnedieß kein Nießbrauch an dem Vermögen des verstorbenen Gatten; gehen aber aus der Ehe Kinder hervor, so sind diese entweder in dem vorehlichen Testamente genügend bedacht, dann regulirt sich nach deren Erbtheil auch der ehliche Nutzgenuß, oder die Kinder sind nicht genügend bedacht, dann zerfällt das Testament in sich, und es tritt der volle Nutzgenuß ab intestato für den überlebenden Gatten ein [2]).

§ 164 a.

Ueber die rechtliche Natur des gesetzlichen ehlichen Nutzgenusses.

Die Frage über die rechtliche Natur der vom Gesetze verliehenen statutarischen Portion ist namentlich rücksichtlich des Nutzgenusses eine bestrittene, indem einige Rechtslehrer annehmen, der Nießbrauch des letztlebenden Gatten hänge lediglich mit der elterlichen Gewalt zusammen, während andere ihm die Natur eines Erbrechtes beilegen. Die Frage selbst ist von praktischer Bedeutung, weil ein aus der elterlichen Gewalt fließender Nutzgenuß insoferne unabhängig sein müßte von vertragsmäßig oder durch Testament bestimmten Erbrechten der Gatten, als vertragsmäßige oder testamentarische Erbrechte der Gatten, deren elterliche Gewalt

[1]) Zur Vermeidung aller Streitigkeiten über diese Frage wurde durch einen gemeinen Bescheid zur Frankf. Reform. vom 21. September 1758 verordnet: „ꝛc. dahingegen 4) dem erstversterbenden Ehegatten in seinen anderen, außer der Statutengebühr, hinterlassenen zugebrachten Gütern, nämlich der Proprietät der Immobilien, oder der seinen Kindern heimfallenden Halbscheid der fahrenden Habe, salva liberorum legitima, auch in seiner Hälfte der Errungenschaft nach Gefallen zu testiren und zu verschaffen frei und unbenommen bleibet. (Vergl. Solmser Ldr. II. 28. § 6. 7.) Das Ober-Katzenellenbogen'sche L. R. verordnet in demselben Sinne Thl. II. Tit. III. § 6, daß dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch an jenem Vermögen zustehe, welches seinen Kindern durch den Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten eigenthümlich zugefallen ist.

[2]) Nach der Frankf. Reform. Thl. III. Tit. 4 § 7 und Thl. IV. Tit. 9 § 13 wird jedes Testament durch eine nachfolgende Ehe vernichtet. Die Rechte der Eheleute sind hiedurch jenen der nachgebornen, im Testamente nicht berücksichtigten Kinder nach römischem Rechte gleichgestellt. (§ 1. J. [2. 17] l. 1 C. [2. 29].)

und die daraus fließenden Berechtigungen der Eltern nicht abändern können, so daß also der durch die elterliche Gewalt bestehende Beisitz weder durch Testament, noch durch Ehevertrag unwirksam gemacht werden könnte, während der Nutzgenuß am Vermögen des verstorbenen Gatten, als ein Intestaterbrecht — als eine wahre portio statutaria — aufgefaßt, durch Ehevertrag oder Testament allerdings wie jedes Intestaterbrecht, selbst als Notherbenrecht, modificirt, und aus gesetzlichen Enterbungsursachen aufgehoben werden kann.

Im letzteren Falle kann der Nießbrauch durch Testament oder Vertrag Abänderungen erleiden, während die deutschrechtlich der Mutter so gut als dem Vater zustehende elterliche Gewalt nicht von des andern Ehegatten gutem Willen (wie etwa ein Vermächtniß) abhängt, sondern als ein Ausfluß der natürlichen Nothwendigkeit und des Gesetzes der einseitigen Verordnung oder den Eheverträgen entrückt ist.

Das Einfachste wäre allerdings, die Erbrechte der Ehegatten aus der ursprünglich deutschen ehlichen Gütergemeinschaft abzuleiten, wie dieses auch von vielen älteren Rechtslehrern geschehen ist. (Mevius lib. l. tit. 5 nr. 12 ff. art. 5. — Böhmer disput. de diverso jure spons. et matrim. cap. 3 § 35. 41.)

Allein durch das Eindringen des römischen Rechtes wurde überhaupt an den ehlichen Rechtsverhältnissen Vieles geändert, woraus auch die große Mannichfaltigkeit der statutarischen Bestimmungen in dieser Frage zu erklären ist. Der nach dem Tode des einen Gatten fortdauernde Vermögensbesitz des überlebenden Gatten ist auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht als ein Nießbrauch, sondern bei angenommenem Miteigenthum als eine fortgesetzte Gütergemeinschaft aufzufassen, weil nach dem Begriffe des Nießbrauches der Berechtigte keine Eigenthumsrechte erwirbt, während es in der Wesenheit der allgemeinen Gütergemeinschaft — mit unterstelltem Gesammteigenthum — liegt, daß das ungetheilte Eigenthum dem überlebenden Gatten bis zur Grundtheilung als volles Eigenthum verbleibt. Allein auch die Errungengemeinschaft des M. L. R. kann die Grundlage des elterlichen Nießbrauches nicht sein, denn wenn das M. L. R. in Tit. III. bestimmt, daß zwar der Eheerwerb und die Abnutzung des beiderseitigen Zubringens gemeinschaftliches Gut werden, so bestimmt es doch auch anderseits, daß diese Gemeinschaft des Erwerbes nach geendigter Ehe aufhöre (§ 92), daß die dadurch erworbenen Güter in die Theilung zu kommen haben, und daß selbst nicht durch Geschenke unter Ehegatten ein bindender Austausch des Vermögens zuzulassen sei, damit sich kein Gatte eigennütziger Weise zu des andern Nachtheil bereichere. Da hiernach alle Gemeinschaft nach M. L. R. mit der Dauer der Ehe steht und fällt, da ferner der nach dem Tode des einen Gatten stattfindende Nutzgenuß unter Tit. III. in der Klasse der gemeinschaftlichen Güter gar nicht aufgeführt ist, auch schon nach dem Wesen des Beisitzes sich Eigenthumsrechte und blose Gebrauchsrechte in den Händen verschiedener Berechtigter (nämlich jene in den Händen der Erben des verstorbenen, diese in den Händen des überlebenden Gatten) direkt entgegenstehen, so folgt, daß auch nach unserm Statut der dem längstlebenden Gatten gewährte Nutzgenuß nicht allein nicht eine Folge der Errungenschaftsgemeinschaft ist, sondern sogar nur und allein mit der durch den Tod rechtlich, wenn

gleich noch nicht thatsächlich eingetretenen völligen Güterabsonderung bestehen kann [1]).

Das Kapitel vom Nutzgenuß ist daher mit der schlagendste Beweis, daß das M. L. R. eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Kindern nach dem Tode des einen Gatten nicht kennt, weil eben der Nutzgenuß alle Früchte der zu genießenden Güter in das Eigenthum des überlebenden Gatten bringt. (§ 92.)

Anderseits ist jedoch nicht zu verkennen, daß die — beiden Eltern zustehende — elterliche Gewalt auf die Ausbildung des Instituts der elterlichen Nutznießung eingewirkt hat, weil mit dem Nutzgenuß gerade jene Rechte und Pflichten verbunden bleiben, welche auch das Wesen der elterlichen Gewalt ausmachen, nämlich Erziehung und Pflege der Kinder, Verwaltung ihres Vermögens und Beihülfe zu ihrer Versorgung durch Aussteuerung. Allein demungeachtet beruht der elterliche Nutzgenuß nicht auf der elterlichen Gewalt, weil diese Gewalt mit der Versorgung der Kinder sich endigt, und daher mit diesem Zeitpunkte auch die Nutznießung aufhören müßte, wenn die eine von der andern abhängig wäre, während der Beisitz erst durch die Wiederverehlichung des berechtigten Gatten als Strafe zweiter Ehe mit dem Moment der Versorgung der Kinder endigt. (M. L. R. Tit. VII. § 2. 3 u. 4.)

Wenn man hiebei erwägt, daß das M. L. R. mit diesen Bestimmungen den lebenslänglichen Nutzgenuß des überlebenden Gatten in § 2 Tit. VII. als Regel aufstellt, indem es ihn nicht von der Emancipation der Kinder abhängig macht, und daß es dadurch zugleich den Rechtsgrund des Beisitzes angibt, so wird man zu dem Principe geleitet, daß das L. R. wirklich das ehliche Erbrecht, und zwar in doppelter Art nach Tit. VII. § 1 in Form einer Erbschaft durch Uebertragung des Eigenthums gewisser Früchte, und in Tit. VII. § 2 in Form eines Universal-Nutzungsrechtes an dem ganzen Intestatnachlaß des verstorbenen Gatten, als die Ursache des Beisitzes angenommen, und den Verlust desselben als eine Strafe der zweiten Ehe im Wiederverehlichungsfalle aufgefaßt habe, welcher Verlust jedoch erst eintreten soll, wenn der — mit der elterlichen Gewalt verbundene — Nutzgenuß zugleich mit der Verpflichtung der Obsorge (einer deutschrechtlichen tutela usufructuaria) für die Kinder mit deren Versorgung aufhört.

Diese Anordnung steht auch im engsten und unzertrennlichen Zusammenhange mit Tit. VIII. § 9 des M. L. R., wonach jeder Gatte bei Wiederverehlichung alles vom verstorbenen Gatten empfangene Vermögen den Kindern voriger Ehe nach seinem Tode hinterlassen muß, derselbe also gleichfalls als Strafe der weiteren Ehe eine bereits aus der Vorehe erworbene Erbschaft verliert.

Auf diese Auslegung deutet auch die Ueberschrift des Tit. VII. „vom Nießbrauch des letztlebenden Ehegatten", indem sie darauf hinweist, daß hier das gegenseitige Verhältniß der Eheleute als Gatten, nicht ihre Beziehungen als Eltern zu den Kindern ins Auge gefaßt wurde. Dasselbe zeigen die Rubriken der §§ 1 u. 2 an, „wie lange

---

[1]) Erk. des Hofg. von 1783, J. S. Volz gegen Volz. — Erk. des Rev.-Ger. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender Creditoren. — Erk. des Rev.-Ger. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Hahn.

der letztlebende (Gatte) Haus und Güter genieße", und „wie lange das Ueberlebende den Nießbrauch habe".

Man muß hiernach das M. L. R. als übereinstimmend mit dem auf deutscher Sitte beruhenden Successionsrechte der Ehegatten betrachten. Durch Entsagung der Ehefrau auf einen Antheil an der Errungenschaft verliert dieselbe daher auch den statutarischen Nutzgenuß nicht, weil er nicht in der Gütergemeinschaft, sondern dem ehlichen Erbrecht begründet ist. (Erk. des Rev.-G., J. S. Scherer gegen Scherer vom 12. Februar 1794.)

Die Annahme, daß der ehliche Nutzgenuß ein Erbrecht sei, stimmt auch mit der Grundlage des M. L. R., nämlich mit dem römischen Rechte überein, welches in l. 3 auth. de nupt. C. (5. 9) verordnet, daß die Mutter als Intestaterbin den Nießbrauch dessen erhält, was an das Kind aus dessen väterlichem Vermögen gelangt ist. Dem Vater ist in l. 6 C. (6. 61) dasselbe Recht eingeräumt.

§ 165.

Gegenstand der Nutznießung.

Wenn die Erbrechte des überlebenden Gatten weder durch Vertrag noch durch Testament geregelt sind, so gebührt, falls Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, dem überlebenden Gatten nach Tit. VII. § 2 des M. L. R. bis zu seiner Wiederverehlichung, außerdem auf Lebensdauer der Nutzgenuß an dem gesammten Nachlasse Tit. VII. § 2 des verstorbenen Gatten, soweit er seinen Kindern zugefallen ist. (§ 8, § 9 Tit. VII.) Gegenstand der ehlichen Nutznießung, d. h. jenes Beisitzes, welcher aus dem ehlichen Erbrechte folgt, ist daher das Vermögen des verstorbenen Gatten[1]) oder dessen ganze den leiblichen Kindern angefallene Verlassenschaft. (§ 174.) Diese besteht aber nur in dem, was übrig bleibt, wenn die Schulden berichtigt sind, und wenn der überlebende Gatte sein eigenes Eheeinbringen und den ihm gebührenden Errungenschaftsantheil abgezogen hat. Zu der Nachlaßmasse gehören auch jene Güter, woran der Verstorbene das Eigenthum, ein anderer aber noch die Nutznießung hat, z. B. der Vater oder die Mutter des Verstorbenen aus demselben Grunde, aus welchem der überlebende Gatte den Nutzgenuß daran anzusprechen hätte, wenn nicht ein Beisitz daran bereits bestände. In diesem Falle ist das Nutznießungsrecht der Eltern des verstorbenen Gatten ein älteres, und geht sonach dem erst später entstandenen des verwittweten Gatten vor, der letztere kann sofort an jenen Gütern den Nutzgenuß erst erwerben, wenn der früher begründete Nutzgenuß etwa durch den Tod der Berechtigten aufhört. Es ist dieses der Fall einer Collision zweier oder mehrerer Nießbrauchsrechte, in welchem das ältere Recht dem jüngeren (wegen ihrer gleichen Begründung) vorgeht. (l. 9 § 4 D. [6. 2], l. 26 D. [19. 2], l. 98 D. [50. 17], l. 8 C. [8. 18], cap. 2 X. [4. 1].)

Eine andere Frage ist die der Consolidation, wenn nämlich dem Nutznießer noch während der Ausübung seines Rechtes das Eigen-

---

[1]) Ueber die Rechte der Eltern am Vermögen der Kinder vide oben § 79 b. — Vergl. M. L. R. Tit. XI. § 3.

thum des im Nutzgenuß befangenen Vermögens selbst zufällt. Es trifft hier das Recht des Eigenthums mit dem Rechte des Nutzgenusses in einer Person zusammen, da aber letzteres das erstere beschränken würde, müßte es gemeinrechtlich nach allgemeinen Grundsätzen aufhören, weil Niemand sein Selbstschuldner sein kann; das durch den Nutzgenuß beschränkte Eigenthumsrecht würde dann durch das erwähnte Zusammentreffen ein unbeschränktes. (l. 1 D. [8. 6].)

Es ist dieser Fall nach M. L. R. gegeben, wenn z. B. der kinderlosen Wittwe der Nutzgenuß durch Testament oder Vertrag verschafft war, und der Mann stirbt, bevor noch an seinem Vermögen der Nutzgenuß seiner Eltern beendigt war. In diesem Falle erben die Eltern des Mannes dessen Vermögen, und der Nutzgenuß der Wittwe müßte auf diese Weise für immer verloren gehen, weil das von den Eltern des Mannes ererbte Eigenthum nach ihrem Tode auf ihre Erben übergeht, und der einmal erloschene Nutzgenuß nicht mehr von selbst wiederaufleben könnte. Allein die Gesetze nehmen an, daß dem erstverstorbenen Gatten bezüglich seines, wenngleich mit einem Beisitz bestrikten Vermögens doch das Recht zustand, über den Nutzgenuß an seinem Eigenthum durch Vertrag oder Testament zu verfügen, d. h. einen weiteren Beisitz daran zu bestellen, welcher wirksam wird, sobald der frühere Beisitz sich endigt. (l. 26 D. [33. 2], l. 6 pr. D. [7. 1], l. 4 D. [7. 6] l. 14 C. de usufr. [3. 33]. — Glück, Com. IX. S. 316 ff.)

Mit diesen gemeinrechtlichen Grundsätzen stimmt das M. L. R. Tit. VIII. § 11 vollständig überein, ebenso die mit ihm verwandten Gesetze, das Solm'sche L. R. II. 28 § 2, Hanauische Stadt- u. Landg.-Ordnung tit. 28, Wetzlarer Reform. III. § 4.

Ebenso collidirt der Nutzgenuß des überlebenden Vaters oder der überlebenden Mutter an dem Vermögen ihrer Kinder mit dem Beisitz ihrer eigenen Eltern an jenem Vermögen, welches der verstorbene Gatte noch nicht ausgehändigt erhalten hatte. Auch hier kann der Wittwer oder die Wittwe den Beisitz erst dann in Anspruch nehmen, wenn der frühere Beisitz geendigt ist, vorausgesetzt, daß sie selbst unterdessen nicht durch Wiederverehlichung den Beisitz verwirkt haben, und dann das Vermögen direkt von den Großeltern auf die Enkel übergeht. Denn auch hier konnten durch den Tod des erstverstorbenen Gatten nicht mehr Rechte übertragen werden, als dieser selbst besaß.

Derselbe Fall der Collision entsteht, wenn die Gläubiger eines Kindes das diesem schon anerfallene, aber noch mit einem Nutzgenuß belastete Vermögen seines Vaters oder seiner Mutter in Anspruch nehmen. Es müssen die Gläubiger die Beendigung jenes Rechtes erwarten. (Erk. des Rev.-G. vom 24. März 1784, J. S. Creditores gegen Schlender Kinder.)

Aus der Bestimmung, daß der statutarische Nutzgenuß nur am wirklichen Vermögen des verstorbenen Gatten stattfindet, folgt ferner: daß der Nutzgenuß sich nicht auf Lehen und Fideicommißgüter erstreckt, daß der überlebende Gatte keinen Nutzgenuß an demjenigen anzusprechen hat, was der Verstorbene als Vorempfang auf die künftige Erbschaft erhalten hat, wenn die Eltern, welche dieses gegeben haben, noch leben, weil es durch den kinderlosen Tod des betreffenden Gatten auf dessen Eltern zurückfällt.

Ist jedoch der Vater oder die Mutter vor dem Empfänger gestorben, oder sind Kinder des Empfängers vorhanden, welche an seine Stelle treten, oder war das Vorempfangene eine unwiderrufliche Schenkung unter Lebenden, so gebührt dem überlebenden Gatten daran unter den übrigen Voraussetzungen der Nutzgenuß.

Den Eltern gebührt auch der Nutzgenuß am Separatvermögen (Adventizgute) der Kinder [1]) nach Tit. VI. § 5 des M. L. R. ohne Pflicht der Rechnungsstellung und Caution gerade so wie bezüglich des Nachlasses des verstorbenen Gatten; allein dieser Nutzgenuß ist doch wesentlich von dem statutarischen des überlebenden Gatten verschieden. Es gehört zu diesem Separatvermögen der Kinder Alles, was sie sich durch ihren eigenen Fleiß erworben, oder was sie durch Erbschaft von Dritteren oder auch nach Tit. XIV. § 6 des M. L. R. von ihren vollbürtigen Geschwistern mit den Eltern ererbt haben [2]). Diese Sondergüter, über welche die Kinder gemäß Tit. VIII. § 1 nach erreichter Mündigkeit testiren können, gehören zwar vermöge der elterlichen Gewalt und wegen der den Eltern obliegenden Ernährungs- und Erziehungspflicht auch zur Verwaltung und zum Genusse der Eltern, allein Beides höret auf, sobald die Kinder sich versorgt haben. Die gemeinrechtliche Bestimmung (l. 7 § 1 C. [6. 56]), wonach dem Vater der Nießbrauch, welchen er schon bei Lebzeiten des Kindes hatte, lebenslänglich verbleibt, wenn das Kind unter der väterlichen Gewalt stirbt, läßt sich mit dem System des M. L. R. nicht vereinigen, weil jene gemeinrechtliche Bestimmung auf der dem M. L. R. fremden Personeneinheit zwischen Vater und Haussohn beruht, vermöge welcher letzterer kein eigenes Vermögen erwerben konnte. Hier handelt es sich vielmehr um ein selbstständiges Vermögen, welches ein Kind z. B. von seinen Geschwistern ererbt hatte, an welchem gemeinrechtlich den Eltern gar kein Nießbrauch gebührt. (Nov. 118 cap. 2.)

Abweichend von dem gemeinen Rechte (l. 6 C. [6. 61]) sind hierin die Rechte des Vaters und der Mutter durch Tit. VI. § 5 des M. L. R. vollkommen gleich gestellt worden.

§ 165 a.

Unterschied zwischen dem ehlichen und elterlichen Nutzgenusse.

Der Unterschied des ehlichen und elterlichen Besitzes besteht nun darin, daß a) jener auf dem ehlichen Erbrechte der Ehegatten, dieser auf der elterlichen Gewalt beruht [3]); b) daß jener nur das vom verstorbenen Gatten ererbte Vermögen der Kinder, dieser das Separatvermögen der Kinder außer der elterlichen Erbschaft umfaßt; c) daß jener auf Lebensdauer des über lebenden Gatten, dieser bis zur Versorgung der Kinder währt und d) daß

---

[1]) Vergl. § 275.

[2]) Tit. VII. § 4 „solle alsdann demselben auf Verlangen dessen Antheil der wirklich ererbten Väter- oder Mütterlichen, oder anderer ihnen zustehenden Gütern ohnweigerlich ausgeliefert werden.“ Der Unterschied zwischen Elterngütern der Kinder und deren sonstigem Vermögen ist hier direkt ausgesprochen.

[3]) Nach l. 3 auth. de nuptiis C. (5.9) erhält die Mutter als Intestaterbin nur den Nutzgenuß an jenem Vermögen, welches an die Kinder aus dem väterlichen Nachlaß gelangt ist.

der ehliche Beisitz nur an jenem Vermögen statt hat, worüber der Verstorbene nicht letztwillig verfügt hat (§ 164 A § 174), und nur dann, wenn die ehliche Erbfolge nicht auf andere Weise geordnet ist, der elterliche Beisitz aber das ganze Vermögen der Kinder bis zu ihrer Versorgung unausgeschieden umfaßt, es seien denn diese Güter gemäß gemeinrechtlicher Bestimmung (Nov. 117 cap. 1) den Kindern mit der Bedingung verschafft worden, daß die Eltern daran keinen Beisitz haben sollen.

Dieser elterliche Beisitz ist in den bereits angegebenen Stellen des gemeinen Rechtes vorzüglich begründet, und sein Unterschied zwischen dem ehlichen Nutzgenuß der Gatten liegt in der Erwägung, daß sich sonst der elterliche Nutzgenuß auch über das Separatvermögen der Kinder auf Lebensdauer erstrecken müßte, und man dadurch zu der absurden Folgerung kommen würde, daß die Kinder auch ihre selbst erworbenen Güter nicht genießen, sondern allen Nutzen daraus den verwittweten Eltern überlassen müßten, bis diese sich wieder verheirathen.

§ 166.

Wem gebührt der Nutzgenuß.

Der Nießbrauch an dem Vermögen des verstorbenen Gatten, soweit dieses durch dessen Tod auf die Kinder dieser Ehe vererbt wird, gebührt nur den leiblichen Eltern. Die Stiefeltern haben diesen Nutzgenuß nicht anzusprechen.

Durch den Tod des letztlebenden leiblichen parens wird das Band, welches die Vorkinder mit der von dem überlebenden Gatten eingegangenen Ehe verknüpft hatte, aufgelöst, es hat daher in diesem Falle die Abtheilung einzutreten.

In Tit. VII. § 5 u. 6 des M. L. R. ist zwar von einem Nutzgenuß des Stiefvaters oder der Stiefmutter die Rede, allein durch den Beisatz in § 5 „solle ein Stiefvater, der seiner Vorkinder Güter also genießet" ist mit dem Worte „also" auf die vorausgehenden §§ des Gesetzes verwiesen, in welchen stets nur von dem Nutzgenuß des überlebenden leiblichen Elterntheiles die Rede ist, welcher allerdings mit den darauf ruhenden Lasten in die weitere Ehe als Rente eingebracht wird, wodurch er auch dem Stiefvater oder der Stiefmutter, insofern diese an dem Erwerbe der zweiten Ehe betheiligt sind, zu gut kommt. Hieraus folgt, daß die §§ 5 u. 6 des M. L. R. nur zu der Auslegung berechtigen, daß dem Stiefvater oder der Stiefmutter ein Theil an der Nutznießung des Vermögens ihrer Stiefkinder nur solange gebührt, als ihre Ehe mit dem überlebenden parens der Vorkinder dauert. (A. G. E. vom 3. August 1854 N. 308 [1]).

---

[1]) In der verwandten Frankf. Reform. Thl. V. Tit. IV. § 5 u. 6 ist dieser Grundsatz ausdrücklich dahin ausgesprochen, daß der Beisitz dem Vater oder der Mutter nur dann gebührt, „wenn sie rechte Väter oder Mütter sind", daß aber dem letztlebenden Gatten, wenn er Stiefvater oder Stiefmutter ist, weiter nichts als die Hälfte der fahrenden Habe von dem Erstverstorbenen zukommen soll. Ebenso in der Nassauer Landesordnung Thl. IV. cap. 6 § 1 cap. 7 § 1 cap. 11 § 2 cap. 13 § 2. — Solmser L. R. Thl. II. Tit. 28 § 2. 6. 8. — Wetzlarer Reform. Tit. II. art. 1 Tit. III. art. 3. 4 Tit. IV. art. 5 Tit. VII. art. 5.

Was indeß den leiblichen Kindern der Stiefeltern durch die Abtheilung aus letzter Ehe zufällt, daran gebührt diesen natürlich der Nutzgenuß. Zu bemerken ist aber auch hier, daß alles dasjenige, was der letztlebende Gatte der zweiten Ehe aus dem Vermögen (aus der Verlassenschaft nach Tit. I. § 2 des M. L. R.) des Erstverstorbenen erlangt, zusammen den geringsten Erbtheil eines der Vorkinder nicht übersteigen darf. (M. L. R. Tit. VIII. § 9) [1]. Wenn also dem letztlebenden Gatten in dem Heirathsvertrag oder sonst ein völliges Kindstheil vermacht worden ist, so muß es sich damit begnügen, die Vorkinder müssen sich dieses aber auch ihrerseits gefallen lassen. Dieser Kindstheil ist indeß nur aus dem Vermögen des letztverstorbenen leiblichen Parens der Vorkinder zu berechnen; das, was die Vorkinder von ihrem zuerst verstorbenen leiblichen Parens ererbt haben, kommt dabei nicht in Anschlag. (Erk. des Rev.-G. vom 13. Juni 1799, J. S. Ackermann gegen Kopp und vom 13. September 1769, J. S. Böffinger gegen Böffinger.)

Was die durch Einkindschaftung den rechten Eltern gleich gemachten Stiefeltern betrifft, so ist schon unter Tit. II. erwähnt, daß das den Kindern nach geschlossener Einkindschaftung angefallene Vermögen, sowie der denselben gemachte Voraus von der Einkindschaft nicht behaftet wird, und daß nach dem Tode eines der unirten Eltern (Tit. II. § 13 des M. L. R.) die ganze der Einkindschaft unterworfene Masse in zwei Hälften getheilt werden soll, wovon die eine Hälfte den Kindern herauszugeben ist. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen ist also ein ehlicher Nutzgenuß der unirten Stiefeltern nicht denkbar.

§ 167.

Rechte des Nutznießers.

Die aus dem Nutzgenusse fließenden Befugnisse sind größtentheils aus dem gemeinen Rechte zu beurtheilen, und bestehen nach Tit. VII. § 2 des M. L. R. für beide Gatten gleichmäßig, nur mit dem Unterschiede, daß im Falle der Wiederverehlichung der Mutter nach Tit. VI. § 3 des M. L. R. zu der Inventar-Errichtung ein Vormünder zu bestellen ist, welcher, obgleich er bis zu entdeckter schlechter Haushaltung von aller Einmischung in die Ausübung des Nießbrauches ausgeschlossen bleibt, doch dafür sorgen soll, daß das Wesen, die Substanz der den Kindern angefallenen Erbportion nicht verringert werde.

---

[1]) Der Werth resp. Ertrag des Nutzgenusses ist in diesen Kindstheil nur soweit einzurechnen, als er auf freigebigen Handlungen des andern Gatten beruht; denn der § 9 Tit. VIII. des M. L. R. muß in Wechselwirkung mit Tit. I. § 2 gebracht werden, wo es heißt: „Ein Mann oder Weib . . . . ist aus seiner Verlassenschaft ein mehreres nicht, als ein Kindstheil zu vermachen fähig.“ Der Nutzgenuß des überlebenden Gatten bedarf aber nach Tit. VII. § 2 keines Vermächtnisses, sondern er findet ipso jure statt. Diese Auslegung stimmt auch überein mit den Regeln des subsidiären römischen Rechtes, welches blos die Freigebigkeit der Gatten zweiter Ehe gegen einander beschränkt wissen will. (l. 3 p., l. 4, l. 5 § 2 C. [5. 9.] — l. u. C. [5. 10].) „Wenn ein Ehemann bei seinem Ableben den Nießbrauch seines Vermögens seiner Ehefrau letztwillig vermacht hat, und dieselbe zur weiteren Ehe geschritten ist, so soll sie den Nießbrauch, den sie von ihrem früheren Ehemann erlangt hat, verlieren, und auf ihre Kinder (früherer Ehe) von dem Tage an, an welchem sie sich wieder verheirathet hat, unverzüglich wieder übertragen.“ (Nov. 2. c. 2, Nov. 22. c. 32. — Nov. 98 cap. 1. — Nov. 127 c. 3 — Thibaut § 286.)

Es gründet sich diese Anordnung auf den Umstand, daß die vor der Wiederverehlichung nur der überlebenden leiblichen Mutter zustehende Verwaltung des Vermögens der Vorkinder durch die weitere Ehe in die Hände des Stiefvaters kommt, gegen welchen der Verdacht besteht, daß er jenes Vermögen der Vorkinder zum eigenen oder zum Vortheile der zweiten Ehe bewirthschaften werde. Das M. L. R. räumt übrigens den Eltern in diesem Punkte weit mehr Rechte ein, als die meisten Statute, welche bei Wiederverehlichung des Vaters oder der Mutter, oder wenigstens der letzteren nicht blos förmliche Abtheilung mit den Vorkindern, sondern auch Herausgabe ihres Vermögens, oder wenigstens Cautionsleistung verlangen [1]). Das M. L. R. läßt auch hier, gleichwie bei Ueberlassung des gesammten Vermögens der Kinder an die Verwaltung der Wittwe [2]) oder des Wittwers ohne Inventur, erkennen, daß es von dem Vertrauen auf die elterliche Liebe und treue Fürsorge so lange ausgeht, bis dieses Vertrauen durch schlechte Haushaltung getäuscht erscheint. Die Fälle, in welchen eine Einschreitung im Interesse der Kinder nach Tit. VII. § 9 nothwendig wird, sind auch verhältnißmäßig so selten, daß sich auf solche Ausnahmen hin eine curatelamtliche allgemeine abweichende Maßregel nicht wohl rechtfertigen dürfte.

Bezüglich des zur weiteren Ehe schreitenden Vaters hält das M. L. R. selbst die Aufstellung eines Aufsichtsvormundes, welcher bei Wiederverehlichung der Mutter geboten ist, für überflüssig, weil das Verhältniß des leiblichen Vaters zu seinen Vorkindern durch eine zweite Ehe rücksichtlich der Vermögensverwaltung nicht verändert wird. Er bleibt nach wie vor der Wiederverehlichung der rechtmäßige Vermögensverwalter auf die Dauer des Nutzgenusses, und der Stiefmutter gebührt darauf kein Einfluß.

---

[1]) Die Wetzlar'sche Reform. Tit. III. § 3 verlangt über Alles, was der Ueberlebende im Nießbrauch behält, Inventarerrichtung. Ebenso das Köln'sche Landrecht nach Verordnung vom 2. September 1767 und 22. Mai 1789, dann die Statute von Altenkirchen, Hachenburg und Bendorf gemäß Verordnung vom 15. Oktober 1787, 25. Juni 1782, 11. April 1804, 7. Januar 1805. Mit dem M. L. R. stimmen überein: das Solms'sche L. R. Tit. 28, § 2, das Trier'sche R. Tit. VI. § 21. 22., Verordnung vom 10. Mai 1769 § 2., das Nassau-Katzenellenbogen'sche L. R. Thl. IV. cap. 7. § 2. cap. 12. § 3. cap. 14. § 3.

[2]) Selbst die Wittwe ist daher zur Vertretung des Vermögens der Kinder vor Gericht vermöge des ihr zustehenden Rechtes der Verwaltung und Nutznießung vollkommen legitimirt. Die Klage kann direkt gegen die Wittwe gerichtet werden; wenn die Kinder als Mitbeklagte dabei genannt werden, so beruht dieses auf dem Umstande, daß sie an dem Ausgange des Prozesses interessirt, und darum befugt sind, in demselben sich ihrer Mutter anzuschließen, und an der Streitverhandlung Theil zu nehmen. Hiedurch wird jedoch das Streitverhältniß selbst, welches die Frage betrifft, ob die Wittwe der gestellten Klage zu entsprechen habe, in keiner Weise geändert, da die Betheiligung der Kinder nur die Unterstützung der Mutter in der Vertheidigung zum Zwecke hat, welche Vertheidigung der Mutter außerdem allein obliegen würde.

Hiernach handelt es sich in derartigen Rechtsstreiten nur um Eine Forderung, welche dahin geht, daß die Wittwe aus dem in ihren Händen befindlichen Vermögen ihrer Kinder zum Zwecke der Berichtigung einer Schuld ihres verlebten Mannes an den Kläger eine Leistung mache, und es kann sofort von einer Häufung mehrerer Klagen im Sinne der G. O. cap. IV. § 9 und Art. 11 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1861 keine Rede sein. Ob sich ein oder alle Kinder bei dem Prozesse betheiligen, ist folglich ganz gleichgültig, da der Prozeß gegen die Mutter zu richten ist. (A. G. E. vom 22. Dezember 1865. Nr. 80. — Vergl. § 83.)

Rücksichtlich der dem überlebenden Gatten gebührenden statutarischen Portion unterscheidet nun das M. L. R. folgende Fälle:

1. Ob es sich um die erste Ehe handelt, und zwar a) ob aus dieser keine Kinder vorhanden sind, oder b) ob aus dieser Ehe Kinder leben.

2. Ob eine zweite oder weitere Ehe in Frage ist, aus welcher a) keine Kinder erzeugt wurden, oder ob b) blos aus dieser Ehe, oder c) aus der Vorehe und zweiten Ehe Kinder am Leben sind.

§ 168.

Zu 1a. Durch die Verordnung vom 6. August 1799 [1]) ist die vorher sehr bestrittene Frage, ob die in Tit. VII. § 1 des M. L. R. bezeichneten Früchte auch dann dem überlebenden Gatten eigenthümlich zufallen, wenn Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, verneint worden, so daß also in diesem Falle dem überlebenden Gatten nur der Nutzgenuß nach Tit. VII. § 2 auf Lebensdauer, oder bei seiner Wiederverehlichung bis zur Versorgung der Kinder verbleibt, jedoch der völlige [2]) Nutzgenuß, worunter natürlich auch der Nutzgenuß an den in Tit. VII. § 1 bezeichneten, zur Zeit des Todes des andern Gatten noch ausstehenden Früchten begriffen ist, welche er dann auch den Erben des Verlebten nicht auszuliefern braucht. (Erk. des Rev.=G. vom 13. September 1769, J. S. Böffinger gegen Böffinger, und vom 13. Juni 1799, J. S. Ackermann gegen Kopp.)

Durch diese Verordnung ist indeß auch die früher fast allgemein bestandene Praxis nur bestätigt worden.

Es gebühren also nach Tit. VII. § 1 dem überlebenden kinderlosen Gatten alle Früchte des letzten Jahres der Ehe, welche auf den Feldern des verstorbenen Gatten ausstehen, und welche eines besonderen Baues bedürfen, und zwar nicht als Nießbrauch, oder als eine fideicommissarische

---

[1]) Die Verordnung des Kurfürsten Friedrich Karl Joseph d. d. Aschaffenburg, den 6. August 1799 lautet im dispositiven Theile:

rc. rc. Wir finden uns daher und nach gleichmäßigem Gutachten unserer Landesregierung bewogen, die in Frage befangenen §§ 1 und 2 Tit. VII. des L. R. dahin authentisch zu erklären, und wie hiemit geschieht, zu verordnen, daß die letztjährigen Früchte, welche, und wie sie in § 1 benennt sind, nur alsdann dem übergebliebenen Gatten zukommen, und eigen sein sollen, wenn aus der durch den Tod des andern Ehegatten aufgelösten Ehe keine Kinder vorhanden sein werden; dahingegen in jenem Falle, wo ehliche Kinder hinterlassen sind, die Verordnung § 2 eintritt, mithin der letztlebende Ehegatte, so lange derselbe im unverrückten Wittibstande verbleibt, den Usumfructum oder Nießbrauch in des Verstorbenen Gütern völlig haben soll.

Wenn nun aber der am Leben gebliebene Gatte Kinder hat, darauf zur zwoten Ehe schreitet, und alsdann mit Hinterlassung seiner erstehlichen Kinder stirbt, so gebühren in diesem Falle die auf den Gütern des verstorbenen Ehegatten ausstehenden Früchte keineswegs dem übrig gebliebenen Ehegatten, sondern den Kindern des Verstorbenen, als eine Zugehörung nach der Natur und im Verhältniß einer Zugehörung zum Haupteigenthume der Güter, worauf die befragten Früchte ausstehen rc. rc.

Diese Verordnung wurde auf einen vom kurfürstl. Oberlandesgerichtsrath Engelhard erstatteten Vortrag über die bezüglich der §§ 1 und 2 Tit. VII. des M. L. R bestandene Controverse erlassen.

[2]) Bei Erbfällen ab intestato § 164.

Erbschaft mit der Pflicht irgend einer Rückgabe, sondern als unumschränktes Eigenthum (als portio statutaria im eigentlichsten Sinne) gerade so wie in anderen Statutarrechten die Hälfte des Mobiliar-Nachlasses des verstorbenen Gatten. Es ergibt sich dieses daraus, daß das Gesetz dem betreffenden Gatten nirgends die Pflicht der Restitution auferlegt hat, und aus dem in Tit. VII. § 1 gebrauchten Ausdrucke „soll der letztlebende Gatte ꝛc. haben." Die übrigen Früchte des letzten Jahres, welche ohne Bau wachsen (fructus naturales), dann die Zinsen, Baarschaft ꝛc. sind an die Erben des Verstorbenen innerhalb 30 Tagen, das Haus aber innerhalb eines Viertel-Jahres vom Todestage an gerechnet, auszuhändigen. Hiezu gehören mit Ausnahme des Weines alle Sorten von Obst, der Wiesenertrag, überhaupt Alles, was auf den Feldern von der Natur ohne menschliche Pflege erzeugt wird. (Itzstein, diss. inaug. de Moguntino statutaria conjugum successione mutua. 1786. p. 44.)

Der Grund der Ueberlassung der Früchte, welche zu ihrem Gedeihen einer Arbeit bedürfen, an den überlebenden Gatten liegt darin, daß sie als mit seiner Beihülfe, seinem Fleiße und seiner Obsorge entstanden zu betrachten sind. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Februar 1794, J. S. Scherer gegen Scherer.)

§ 169.

Zu 1b. Sind zur Zeit des Todes des einen Gatten leibliche Kinder aus dieser Ehe am Leben, so gebührt nach Tit. VII. § 2 dem Ueberlebenden der ganze Nutzgenuß an dem den Kindern hinterlassenen Vermögen seines Ehegenossen auf Lebensdauer, oder wenn derselbe zur weiteren Ehe schreiten sollte, bis zur Versorgung der Kinder. (M. L. R. Tit. VII. § 3 und 4, vergl. § 174.) Die Rechte und Pflichten, welche mit diesem Nutzgenusse verknüpft sind, sollen unten erörtert werden.

§ 170.

Zu 2a. Nach der angezogenen Verordnung von 1799 ist auch der Fall, wenn ein Wittwer oder eine Wittwe zur weiteren Ehe schreitet, und dann mit Hinterlassung von Vorkindern und deren Stiefelterntheil verstirbt, dahin entschieden, daß dem hinterlassenen Stiefelterntheil von den ausstehenden Früchten der Güter des verstorbenen Gatten nichts zufällt, weil diese als Zugehörung jener Güter den Vorkindern gebühren, und weil sonst der Verordnung von Tit. VIII. § 10 des M. L. R. entgegen der hinterlassene Stiefvater oder die hinterlassene Stiefmutter auf irgend eine Weise mehr als einen Kindstheil bekommen könnten. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Februar 1794, J. S. Scherer gegen Scherer.)

Aber auch ein Nutzgenuß am Vermögen des verstorbenen Gatten gebührt solchen Stiefeltern keinesfalls, da dieser überhaupt nach Tit. VII. § 2 dem überlebenden kinderlosen Gatten gesetzlich nie zufällt. (§ 166.) Ist aber der Nutzgenuß durch Ehevertrag oder Testament verschafft, so darf er nach Tit. VIII. § 10 nicht mehr als der geringste Erbtheil eines der Vorkinder betragen.

§ 171.

Zu 2b. Sind nach dem Tode des einen oder anderen in zweiter Ehe gestandenen Gatten blos Kinder aus dieser zweiten Ehe am Leben, so ist diese natürlich rücksichtlich der Kinder als einzige Ehe zu betrachten, und es richtet sich darnach auch der Nutzgenuß des überlebenden Gatten. Waren Vorkinder vorhanden, welche während der zweiten Ehe gestorben sind, so äußert dieses auf den Nutzgenuß nur insoferne einen Einfluß, als deren Vermögen erbweise auf den in zweiter Ehe verstorbenen Gatten gefallen war, von diesem aber gemäß Tit. VIII. § 9 des M. L. R. den noch lebenden Kindern erster Ehe hinterlassen werden muß. Haben diese in zweiter Ehe verstorbenen Vorkinder selbst Kinder hinterlassen, so treten diese nach Tit. XIV. § 1 des L. R. jure repraesentationis an die Stelle ihrer Eltern, und es ist dann der nachfolgende Fall gegeben.

§ 172.

Zu 2c. Sind nach der Lösung der zweiten Ehe durch den Tod eines Gatten aus dieser und aus der Vorehe Kinder am Leben, so sind die Vorkinder, deren letzter leiblicher Elterntheil gestorben ist, vollständig abzutheilen (§ 69), weil sich, wie oben erwähnt, der Nutzgenuß nicht auf die Stiefeltern fortsetzt und zwischen Stiefeltern und Stiefkindern auch kein Intestaterbrecht aus demselben Grunde besteht. (M. L. R. Tit. XIV. § 2, vergl. § 280.) Ist aber der Stiefelterntheil der Vorkinder gestorben, so sind die Vorkinder, sowie die Kinder zweiter Ehe rechte Kinder des überlebenden Parens, welchem dann der Nutzgenuß am Vermögen des verstorbenen Gatten nach Tit. VII. § 2 vollständig gebührt, bis er etwa zur weiteren Ehe schreitet.

Der Beisitz am Separatvermögen seiner Vorkinder (welches diesen durch den Tod ihres leiblichen erstverstorbenen Parens angefallen war), endigt sich aber mit ihrer Versorgung, weil ihr letztlebender leiblicher Parens durch Eingehung der zweiten Ehe einen länger dauernden Beisitz verwirkt hat.

§ 173.

Wirkungen des Nutzgenusses.

Der Nutznießer hat ein Recht zu jedem Gebrauche (usus) und zu jedem Genusse (fructus) der Sache. Derselbe hat daher

1) Zunächst ein Recht, die den Gegenstand des Nutzgenusses bildenden Vermögensbestandtheile zu allen Diensten anzuwenden, wozu sie ihrer Natur nach, oder nach dem Willen des Eigenthümers bestimmt sind.

Der Gebrauch nach der Natur der Sache wird immer ein erlaubter sein, wenn er nicht der Bestimmung des Eigenthümers widerstreitet, oder dolose auf den Verbrauch oder Untergang der Sache gerichtet ist. So können z. B. Hausgeräthe zu den gewöhnlichen Bedürfnissen benützt werden, obgleich der Gebrauch dieser Sachen eine baldige Abnutzung und Entwerthung voraussehen läßt. Hieher gehört auch der Nießbrauch eines

Kaufladens, denn dieser ist eine Allgemeinheit von Sachen, die man nicht gebrauchen kann, ohne sie zu veräußern.

Wollte man den Nutznießer eines solchen Geschäftes für verbunden erklären, den Laden mit den Waaren in dem ursprünglichen Zustande zu erhalten, so würde der Nießbrauch keinen Werth für den Berechtigten haben, indem der aus den Verkäufen und Wiedereinkäufen entspringende Nutzen nicht als die Frucht des Nießbrauches der Sache, sondern als Ergebniß seines persönlichen Gewerbsfleißes, und als der eventuelle Nutzen seiner Baarschaft betrachtet werden könnte, dieses wäre aber der Natur des Nutzgenusses zuwider, dessen Früchte der Berechtigte in allen Fällen ziehen muß. Anderseits würde aber auch der Eigenthümer gezwungen sein, sich alle Gefahren des Handels und dessen Zufälle gefallen zu lassen, denn da der Nutzen jeden Handels ungewiß ist, wäre es möglich, daß der Nutznießer anstatt durch die Verkäufe und Wiedereinkäufe zu gewinnen, bei Unterhaltung des Ladens in seinem ursprünglichen Bestande nur Verluste erlitte.

Ein Nießbrauch dieser Art muß also vor Allem abgeschätzt werden, um wissen zu können, was der Nutznießer nach beendigtem Nießbrauche zu ersetzen hat.

Es dürfen folglich Sachen, die man nicht gebrauchen kann, ohne sie zu verzehren, z. B. Geld, Getreide, Getränke 2c., nur unter der Verbindlichkeit benützt werden, daß bei Endigung des Nießbrauches dafür Ersatz in gleicher Qualität, Quantität und Preiswürdigkeit geleistet werde. (§ 2 J. [2. 4].)

Sachen, welche sich durch einen regelmäßigen Gebrauch verschlechtern, kann indeß der Nutznießer ohne Entschädigungspflicht für die dadurch herbeigeführte Entwerthung benutzen. Derartige Sachen dürfen aber dann nur ihrer Bestimmung gemäß benützt worden sein, z. B. eine Wohnung nicht zu einem Stall, ein Reitpferd nicht zu Lastfuhren 2c. (l. 9 § 3 D. [7. 9].)

Werden vertretbare Sachen mit einem Anschlage übergeben, so nimmt aus den angegebenen Gründen die gemeine Praxis an, daß der Anschlag Verkaufs halber gemacht sei, bei nicht vertretbaren Sachen gilt der Anschlag blos schätzungsweise, weil sie im Eigenthume der Erben bleiben. Anders nach M. L. R. (S. 185. 186.)

2) Der Nutznießer hat das Recht des Früchtegenusses. Im Allgemeinen versteht man unter Früchten alle Erzeugnisse einer Sache, welche diese von selbst hervorbringt. Diese Früchte gehen in das Eigenthum des Nießbrauchers über, es ist daher wichtig zu beachten, was die Gesetze zu den Früchten rechnen, da sie theils Gegenstände davon ausnehmen, welche in der That von der Sache erzeugt sind, z. B. Bäume in nicht wirthschaftlich verwalteten Hochwaldungen (l. 9 § 7 D. [7. 2]), während sie anderseits Dinge zu den Früchten rechnen, welche von der Sache nicht hervorgebracht, vielmehr ein Theil der Sache selbst sind, z. B. Steine, Metalle aus Gruben und Bergwerken (l. 9 § 2. 3. D. [7. 2]), oder Dinge, welche nicht die Sache hervorbringt, sondern welche man mittelst dieser Sache gewinnt, z. B. Geldsummen, Zinsen, Werthe 2c. Schätze, wenn auch während des Nutzgenusses von dem Nutznießer entdeckt, gehören gleichwohl nicht dem Nutznießer. (l. 7 § 12 D. [24. 3].)

In dem Sinne der Gesetze sind also Früchte jene Gegenstände, welche eine Sache ihrer Bestimmung nach verschaffen muß, und die man

nach und nach aus dieser Sache, oder vermittelst dieser Sache zieht, erstere sind natürliche Früchte, letztere bürgerliche Früchte (industriales oder civiles).

Gemeinrechtlich sind nun die Regeln, wonach die Früchte dem Nutznießer eigen werden, bei den natürlichen und bürgerlichen Früchten nicht die gleichen. Die ersteren gehören dem Nutznießer nur soweit, als sie percipirt sind. Wenn z. B. die Nutznießung am Tage vor der Ernte beginnt, und der Nutznießer diese Ernte macht, gehört sie ihm ganz, und zwar selbst dann, wenn der Nutzgenuß kurz nach der Ernte wieder aufhört, so daß er damit sogar vieljährige Früchte, z. B. einen Holzschlag, gewinnen kann. Die Nutznießung kann aber dagegen auch viele Jahre dauern, ohne dem Nutznießer Früchte einzutragen. (l. 9 D. [7. 1]).

Dadurch, daß der Nutznießer erst durch die Trennung Eigenthümer der Früchte wird, folgt, daß, wenn er einen Verkauf der Früchte auf dem Halme abschließt, dieser Verkauf nothwendigerweise unter der Bedingung geschlossen ist, daß die Früchte vor Beendigung des Nutzgenusses eingeerntet werden, so daß der Kauf, wenn die Nutznießung vor der Ernte erlischt, nichtig wird, und die Früchte dem Eigenthümer des Bodens zufallen. (l. 27 D. [7. 1] l. 8 D. [33. 1].)

Wenn der Nutznießer die Früchte zieht, welche beim Beginne der Nutznießung vorhanden sind, und für welche der Eigenthümer die Baukosten bezahlt hat, dann hat er diesem keine Vergütung dafür zu leisten. Der Eigenthümer hat den gleichen Vortheil dem Nutznießer gegenüber, wenn er diejenigen Früchte zieht, welche am Ende der Nutznießung ausstehen. Hat aber ein Dritter diese Kosten ausgelegt, dann kann der Nutznießer diese Kosten nur gegen Entschädigung dieses Dritten, vorbehaltlich seines Rückgriffs auf den Eigenthümer, ziehen, und dieser hat im entgegengesetzten Falle vorbehaltlich seines Rückgriffes auf den Nutznießer die gleiche Verbindlichkeit auf sich.

Die bürgerlichen Früchte dagegen, aus welcher Quelle sie auch fließen mögen, und zu welchem Zeitpunkte sie auch gezogen werden, werden dem Nutznießer immer von Tag zu Tag nach Verhältniß der Dauer seines Genusses erworben, z. B. von einer bestimmten Jahresrente hat er so viel anzusprechen, als auf die Tage seines Nutzgenusses trifft.

Die Früchte des letzten Jahres, in welchen sich der Nießbrauch der Eltern durch Versorgung der Kinder endigt, gebühren nach Tit. VII. § 7 des M. L. R. noch den Eltern.

Durch die Bestimmung des L. R. Tit. VII. § 2, daß der völlige (§ 164) Nutzgenuß in des Verstorbenen Gütern dem überlebenden Gatten verbleiben soll, ist zugleich bestimmt, daß dieses Recht auch den Nießbrauch verzehrbarer Sachen (quasi usus fructus) umfaßt, denn auch diese gehören zu dem Nachlaß, sowie alle Rechte und Gegenstände, welche der Verstorbene pfandweise oder nutznießlich besaß, wenn diese Rechte nicht überhaupt von der Lebensdauer des Verstorbenen abhängig waren.

Auch der Pflichttheil der Kinder bleibt mit dem Nutzgenuß bestrickt (Tit. IX. § 11 des M. L. R.), wenn nicht der Fall gegeben ist, in welchem den Kindern blos der Pflichttheil hinterlassen wurde. Der Nießbrauch selbst kann sogar als Pflichttheil hinterlassen werden, da er

einen Vermögenstheil bildet, welcher einen Anschlag und Werthsbestimmung zuläßt, und die l. 32 u. 36 C. (3. 28), wonach der Pflichttheil nicht mit der Nutznießung beschwert werden soll, nur auf die Ergänzung des Pflichttheiles gerichtet ist, da nach Abrechnung der Nutznießung der Pflichttheil eine Schmälerung erleiden müßte.

Dem Nutznießer steht es frei, die Gegenstände, an welchen der Nutzgenuß gebührt, dem Eigenthümer zu übergeben, und sich dagegen eine Rente zu bedingen, auch Sicherheit dafür zu verlangen; er verliert aber dadurch ein stärkeres Recht, weil durch Novation an die Stelle des Nutzgenusses die Rente selbst getreten ist, welcher dann im Concurs nur die Stelle einer gewöhnlichen Forderung, aber kein Separationsrecht gebührt. (Erk. des H. G., J. S. Nebel gegen Nebel.)

Nachdem mit dem Tode des einen Gatten die Errungenschaftsgemeinschaft ihr Ende erreicht hat, fällt der Ertrag des ehlichen Nutzgenusses nicht in die errungenschaftliche, selbst noch unvertheilte Masse, sondern er wird Eigenthum des betreffenden Gatten. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender. Vergl. § 92.)

Daß der Nutznießer Verpachtungen seiner Rechte vornehmen kann, ist nach l. 9 § 1 D. (19. 2) unbestritten; der Pacht erlischt aber mit dem Tode des Nutznießers, weil letzterer nicht weiter als auf die Dauer des Nießbrauches verfügen kann, d. h. nicht weiter als sein eigenes Recht geht. Wird nun der Eigenthümer des Grundstücks Erbe des Nießbrauchers, so fragt es sich, ob er den Pachtvertrag halten, und die Handlungen seines Erblassers prästiren muß. Unbezweifelt wird dieses der Fall sein, wenn der Nutznießer sich bei der Verpachtung als Eigenthümer gerirt hat, denn diese Täuschung des Pächters durch seinen Erblasser muß der Erbe verantworten; wußte aber der Pächter, daß der Verpächter nur Nutznießer sei, so lag in dem Pachtvertrage die stillschweigende Bedingung, daß sich der Pacht mit dem Tode des nur zur Nutznießung berechtigten Verpächters endigt. Es liegt dann keine Handlung des Erblassers vor, für welche der Erbe einzustehen hat.

Die Veräußerung der dem Nutzgenuß unterworfenen Güter ist nichtig, und es steht dem Eigenthümer die Vindikation derselben zu (l. 9 u. 11 C. [3. 33].)

Daraus, daß der überlebende Gatte die Güter der Vorkinder blos zu benutzen hat, folgt ferner, daß ihm ein Steigen des Werthes der Güter nicht zu gut kommt, sondern nur den Kindern als den Eigenthümern. Der überlebende Gatte hat daher die Güter in Natur auszuliefern, oder sie nach dem Werthe zu ersetzen, welchen sie im Falle der Veräußerung in dem Augenblicke hatten, in welchem die Auslieferung geschehen müßte. (Erk. des Rev.-G. vom 13. September 1769, J. S. Böffinger gegen Böffinger.)

Wurden diese Güter früher verkauft, und für den Erlös andere Güter angeschafft, so gelten die letzteren als Surrogat der ersteren, und gebühren ebenfalls den Kindern, ohne für die Eltern einen Anspruch an ihrem Mehrwerthe zu begründen, gleichwie auch ein zufälliger Minderwerth den Nutznießer nicht haftbar macht. (Erk. des Rev.-G. vom 4. Dezember 1764, J. S. Böffinger gegen Böffinger. — Erk. des H. G. vom 11. März 1748, J. S. Mühling gegen Protzler.)

Sind den Kindern Früchte als Theile der elterlichen Erbschaft zugefallen, so sind diese als Kapital anzusehen (gleich wie andere

vertretbare bewegliche Sachen), welches vom Nutznießer nicht angegriffen werden kann, sondern diese Früchte sind in Geld anzuschlagen, wovon die Zinsen allein zur Nutznießung gehören, wenn gleich die Kinder, welche darauf eingewiesen wurden, von diesen Früchten sollten unterhalten worden sein; denn der überlebende Gatte ist als Nutznießer schuldig, die Kinder von den Zinsen, nicht von der Vermögenssubstanz zu ernähren.

Der Einwand, daß die Benutzung der Früchte in der Verzehrung derselben bestehe, ist ohne Bedeutung, weil sich Früchte taxiren und in ein Kapital verwandeln lassen, weil sie zu der Vermögenssubstanz der Kinder gleich den übrigen Bestandtheilen des elterlichen Nachlasses gehören, und die Substanz zur Ernährung der Kinder nicht angegriffen werden darf. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Dezember 1787, J. S. Weier gegen Müller.)

Diese Früchte, sowie überhaupt alle zum Nutzgenusse gehörigen verzehrbaren und vertretbaren Sachen sind nach ihrem Werthe zur Zeit des Anfangs der Nutznießung anzuschlagen, und dem Nutznießer ist es zu überlassen, ob er sie nach beendigtem Nießbrauch in Natur zurückgeben, oder nach jenem Werthe ersetzen will. Es folgt dieses aus den gemeinrechtlichen Bestimmungen über den quasi usus fructus [1]. (§ 2. J. [2. 4].)

Bezüglich der erwähnten Früchte ist jedoch zu bemerken, daß es bereits eingeheimste Früchte sein müssen, weil die noch auf den Feldern ausstehenden Früchte unter den „völligen Nießbrauch“ fallen, und dadurch nicht ein Theil der Erbschaft der Kinder, sondern der ehlichen Erbschaft des überlebenden Gatten sind. Ausstehende Kapitalien, welche zu dem Vermögen des verstorbenen Gatten gehören, gehen nur dann in das Eigenthum des überlebenden Gatten jure quasi usus fructus über, wenn dieser sie ausdrücklich übernommen, und damit auch die Verbindlichkeit der Haftung für ihren Verlust eingegangen hat. Außerdem folgt eine Haftung des Nutznießers aus dem Grundsatze, daß dieser für die Substanz der nutznießlichen Sache verantwortlich ist, nur dann, wenn diese Kapitalien durch seine Schuld zu Verlust gegangen sind. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

Im Allgemeinen ist bezüglich der dem Nutznießer zustehenden Vermögensverwaltung hervorzuheben, daß das M. L. R. Tit. V. § 6 und Tit. VII. § 9 von den gemeinrechtlichen Bestimmungen der Sicherheitsleistung und Rechnungsstellung des Nutznießers rücksichtlich der Eltern Umgang nimmt, also als Richtschnur der Rechte und Pflichten derselben auf die elterliche Liebe und treue Fürsorge verweist, und sowohl bei Verwendung der Vermögensrenten und Verwaltung der Vermögenssubstanz innerhalb der Grenzen des subsidiären gemeinen Rechtes den freiesten Spielraum gestattet, solange der Grundstock des Kapitales keine Verminderung erleidet, die Erziehung der Kinder nicht beeinträchtiget, überhaupt die Elternpflichten nicht bei Seite gesetzt werden. (M. L. R. Tit. VII. § 3 u. 9. — Cautio usufructuaria § 175.)

---

[1]) An Sachen, welche durch den Gebrauch verzehrt werden, z. B. Wein, Oel, Getreide, Kleider, findet kein eigentlicher Nießbrauch statt. Namentlich Geld geht in das Eigenthum über, und der Eigenthümer kann dann gemeinrechtlich für solche Sachen Bürgschaft, resp. Sicherheit verlangen. Es besteht daher nur gleichsam ein Nutzgenuß (quasi usus fructus) an derartigen Gegenständen.

§ 174.

Pflichten des Nutznießers.

So wie die Rechte des Nutznießers folgen auch seine Pflichten aus dem Begriff des Nutzgenusses, daß er nämlich das dingliche und unbedingte Recht gewährt, ohne Dazwischentreten einer Person eine Sache zu gebrauchen und zu genießen (re utendi fruendi). Im Allgemeinen geht schon daraus hervor, daß der Nutznießer sich mit dem Stande der Sache zufrieden geben muß, in welchem sie ihm übergeben wurde, daß er sohin vom Eigenthümer weder Neubauten, noch Wiederaufbauungen, Ausbesserungen oder Verbesserungen fordern kann, und daß er consequent während seines Genusses nicht nur die beim Anfang bestehenden Lasten, sondern auch alle Lasten tragen muß, welche später auferlegt werden können, und zu der Klasse jener Lasten gehören, welche den Nießbrauch betreffen. (l. 65, l. 7 § 2 D. [7. 1], l. 27 D. [7. 1].)

Außer diesen Verbindlichkeiten, welche eigentlich eine Negation von Berechtigungen sind, und die natürliche Grenze bilden zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer, legen die Gesetze dem letzteren mehrere Verbindlichkeiten auf, welche

I. die Person des Eigenthümers betreffen, oder

II. solche, welche in Rücksicht der Objekte des Nutzgenusses zu beobachten sind.

Die ersteren werden ganz besonders von der Natur des ehlichen Beisitzes und von dem Verhältnisse der Eltern (als Nutznießer) zu den Kindern (als Eigenthümer) beeinflußt, und sind daher statutarrechtlicher Natur, die letzteren richten sich hauptsächlich nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes.

Beide Kategorien zerfallen in Pflichten, welche der Nutznießer theils vor dem Eintritt in den Genuß, theils während, theils nach dem Erlöschen des Genusses zu erfüllen hat.

§ 175.

Pflichten des Nutznießers rücksichtlich der Güter.

1) Vor Antritt des Nutzgenusses.

Es ergeben sich hier zwei Fälle. Es fragt sich nämlich, A) ob der Nutzgenuß einem kinderlosen überlebenden Gatten durch Ehevertrag oder Testament verschafft ist, oder B) ob der Nutzgenuß vermöge des Gesetzes dem überlebenden Gatten zusteht, weil Kinder aus dieser Ehe am Leben sind.

Ad A. Das römische Recht hat den Nießbraucher blos zur Sicherheitsleistung, nicht aber zur Errichtung eines Inventares verpflichtet. Die Inventur ist aber eine nothwendige Voraussetzung der Sicherheitsleistung in allen Fällen, in welchen die Größe des dem Nießbrauch unterworfenen Vermögens nicht ohnedieß bekannt ist; denn die Sicherheitsleistung hängt mit der schlüßlichen Pflicht des Nutznießers, das Vermögen nach beendigtem Nießbrauch zurückzugeben, unzertrennlich zusammen, und es muß daher beim Antritte des Nutzgenusses auf irgend eine Weise die Größe

des Nießbrauchsobjektes ermittelt werden, um den Umfang des zurückzugebenden Vermögens zu kennen, und den Erben in die Lage zu versetzen, seine Rechte geltend zu machen.

Indem auf diese Weise die ursprünglich vom Gesetz nicht verlangte Maßregel eine Pflicht des Nutznießers wurde, blieb er anderseits von der primären Pflicht der Sicherheitsleistung befreit, wenn Liegenschaften Gegenstand der Nutznießung waren, indem diese vom Nutznießer gültig nicht veräußert werden können, und die Caution nur noch bei absichtlicher Verschlechterung der Immobilien von Bedeutung ist. (M. L. R. Tit. VII. § 9.) Es entstand hieraus die Frage, ob der Besteller des Nießbrauches, sei es durch Testament oder Vertrag die Cautionsleistung und Inventur dem Nießbraucher erlassen könne.

Die nächste Antwort wäre allerdings die, daß der Besteller des Nießbrauches selbst das Eigenthum dem Nießbraucher verschaffen kann, daß er daher um so mehr berechtigt sei, die dem Nießbrauch gewöhnlich anklebenden Bedingungen zu erlassen. Indeß besteht doch ein Unterschied rücksichtlich der Personen, welche als Erben an der Erfüllung der gewöhnlichen Bedingungen des Nießbrauches ein Interesse haben; denn ungeachtet der Befreiung, welche der Erblasser seinem Erben von der Errichtung eines Inventars ertheilt hat, können diejenigen, welchen ein Pflichttheil gebührt, den Erben dazu anhalten, weil sie dem Nachlaßgläubiger gleich zu achten sind, und ihnen daran gelegen ist, die Stärke und den Betrag der Erbschaft genau bestimmen zu lassen [1]. (Stryk, l. 5 t. 3 § 5 — Mevius, p. 2 dec. 245.)

In Ansehung der Legatare und substituirten Erben wird die Befreiung für gültig erachtet, weil der Besteller des Nutzgenusses sie sogar ihrer Vermächtnisse und Fideicommisse hätte berauben können, allein nur in dem Falle, wenn der Enthebung von der Pflicht der Sicherheitsleistung und Inventur die Clausel beigefügt ist, daß dem Nutznießer das völlige Eigenthum verschafft sein solle, falls von dem Erben die Erfüllung jener Verbindlichkeiten verlangt würde, weil außerdem dem Erben doch das Eigenthum vorbehalten bleibt, und dieser daher auch befugt sein muß, sich der Erhaltung seines Eigenthums zu versichern, und dafür zu sorgen, daß nicht der Wille des Bestellers durch die Nachlässigkeit oder Unredlichkeit des Nießbrauchers vereitelt werde. (O. A. G. E. vom 16. Juli 1859 Nr. 9 $^{58}/_{59}$. — O. A. G. E. vom 4 November 1844 Nr. 668 $^{43}/_{44}$.)

Diese auf gemeinrechtlichen Bestimmungen und Anschauungen beruhenden Sätze sind im M. L. R. nicht erwähnt, sie müssen daher auch nach diesem Gültigkeit haben, solange es sich um den Nutzgenuß des überlebenden Gatten gegenüber anderen Erben als den Kindern handelt.

---

[1]) l. 1 § 4 D. (7. 9), l. 1 C. (3. 33), l. 7 C. (6. 54), l. 1 § 4 D. (7. 9.) — Glück, Comm. Bd. 9 § 658 S. 496. — Bd. 30 § 1331 S. 202 ff. Die Vorschrift des römischen Rechtes, nach welcher die Caution des Nießbrauchers testamentarisch nicht erlassen werden kann, findet auf alle letztwilligen Dispositionen Anwendung, indem das römische Recht den Widerspruch nicht dulden will, daß der Testator, der dem Fideikommissar nur den Nießbrauch zutheilt, eine Verfügung treffe, durch welche das dem Erben vorbehaltene Recht unsicher würde, und daß der Testator einem Rechte entsagt, welches eigentlich nicht ihm, sondern dem künftigen Erben zusteht.

Ad B. Ist der Nießbrauch ein gesetzlicher nach Tit. VII. § 2 des M. L. R., so ist es rücksichtlich der Sicherheitsleistung gleichgültig, ob der Nießbrauch der erwähnte elterliche an dem Separatgute der Kinder, oder der ehliche Nießbrauch an dem Elterngute der Kinder ist. (§ 165. 275.)

Nach dem gemeinen Rechte (l. 50 D. [36. 1] und l. 6 § 1 C. [5. 9]) ist der Vater in beiden Fällen von der Cautionspflicht unbedingt, die Mutter aber bis zu ihrer Wiederverehlichung befreit.

Das M. L. R. befreit dagegen beide Eltern unter allen Umständen von der Pflicht besonderer Cautionsleistung und Rechnungsstellung, solange ihnen der Nutzgenuß am Vermögen der Kinder gebührt, es mag diesen das Vermögen angefallen sein, von wem es will, mit der einzigen Ausnahme der Gefahr für die Erhaltung der Vermögenssubstanz. (M. L. R. Tit. VI. § 5 Tit. VII. § 9.) Das Statut entfernt sich also in der Hauptsache nicht weiter von dem gemeinen Rechte, als daß es auch der Mutter bei ihrer Wiederverehlichung die Cautionsleistung erläßt.

Daß beide Eltern bei Wiederverehlichung Inventar zu errichten haben ist schon unter Tit. VI. § 1 erwähnt, damit ist aber keine Caution verbunden.

Zu erwähnen ist noch, daß im Falle der Verschwendung und Gefährdung der Substanz des Vermögens der Kinder nach Tit. VII. § 9 die von dem nutznießenden Parens zu leistende Caution sich nur auf die Größe des den Kindern gehörigen Vermögens erstreckt. Ueber Verschwendung des den Eltern selbst gehörigen Vermögens handelt das M. L. R. in Tit. IX. § 12. (Vergl. § 241.)

Wegen der Wichtigkeit, welche die Frage der Sicherheitsleistung Seitens des überlebenden Elterntheiles durch die Verfügung des k. Appellationsgerichtes vom 17. Juli 1841 erlangt hat, ist es nothwendig, hier näher darauf einzugehen [1]).

---

[1]) Das erwähnte Generale vom 17. Juli 1841 lautet: Das k. Appellationsgericht hat wahrgenommen, daß bei jenen Gerichten, in welchen das M. L. R. gesetzliche Kraft hat, der Vorschrift des Hypothekengesetzes §§ 12 und 104, des Einführungsgesetzes § 16 und der Instruktion § 46 bezüglich der Sicherstellung des Vater- und Muttergutes einfach verwaister Minderjähriger nicht allenthalben der gebührende Vollzug gesichert wird, und daß namentlich bei vielen Untergerichten die Realisirung des deßfalls den Kindern zustehenden gesetzlichen Hypothekentitels bisher vor Eintritt der Wiederverehlichung oder indicirter Verschwendung des überlebenden Ehegatten aus dem Grunde unterblieb, weil der überlebende Elterntheil nach Tit. VI. § 5 des M. L. R. vor Eintritt der Wiederverehlichung oder indicirter Verschwendung weder zu einer Inventur noch Rechnung verbunden ist, vielmehr nach Tit. VII. § 2 im unverrückten Wittwenstande den Nießbrauch in des verstorbenen Güter völlig haben soll.

Diese Ansicht kann jedoch, da die Sicherstellung des elterlichen Vermögens einfach verwaister Minderjährigen in den meisten Fällen auch ohne förmliche Inventur realisirbar ist, nicht gebilligt werden.

Es werden daher die betreffenden Pflegschaftsbehörden, um in dieser Beziehung ein gleichförmiges Verfahren zu erzielen, mit Genehmigung des k. Justizministeriums von Oberaufsichtswegen andurch angewiesen, nach dem Ableben eines Elterntheiles, wenn minderjährige Kinder vorhanden sind, jedesmal von Amtswegen dafür zu sorgen, daß das nicht in Grundvermögen bestehende Vater- oder Muttergut solcher Kinder, jedoch mit Ausnahme des nicht in Berechnung kommenden Antheils an der

§ 175 a.

Nach gemeinem Rechte soll das Vermögen, welches aus der mütterlichen Erbschaft, sei es aus einem Testamente, oder vermöge der gesetzlichen Erbfolge auf die Kinder verfällt wird, dergestalt in der Gewalt des Vaters verbleiben, daß derselbe zwar lebenslänglich den Nießbrauch desselben haben, das Eigenthum jedoch den Kindern gehören soll. Die Väter aber, denen nur das Recht verbleibt, von dem mütterlichen Vermögen ihrer Kinder den Nießbrauch zu beziehen, müssen auf die Erhaltung desselben die möglichste Sorgfalt verwenden, aus den Früchten den Aufwand mit Fleiß bestreiten, und Alles so verhandeln, als ob sie das ganze und volle Eigenthum erwerben, und stets die volle Person zu vertreten hätten, wobei es jedoch, wenn der Vater eine Sache veräußern will, dem Käufer oder Geschenknehmer obliegt, darauf selbst zu achten, daß er nicht etwas von den Sachen, deren Veräußerung dem Vater untersagt ist, wissentlich oder aus Unkunde an sich bringt, denn der Vater muß darthun, daß die Sache, welche er veräußert oder verschenkt, sein Eigenthum ist, und dem Käufer steht es frei, sich einen Bürgen bestellen zu lassen, weil er den Kindern, wenn sie einmal ihr Eigenthum zurückfordern, keine Verjährung entgegensetzen kann.

Hat der Verstorbene Schulden hinterlassen, so soll, da unter Vermögen nur dasjenige verstanden wird, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, dem Vater das Recht zustehen, von den Erbschaftsgegenständen soviel zu verkaufen, als zu deren Tilgung erforderlich ist, und zwar erst die beweglichen, wenn aber diese nicht hinreichen, auch die unbeweglichen Gegenstände, damit sogleich die Schulden zurückbezahlt werden können, und er nicht durch Zahlung der Zinsen belästigt wird. Sollte der Vater dieses zu thun unterlassen, so muß er angehalten werden, selbst die Zinsen entweder aus den Einkünften, oder von seinem eigenen Vermögen abzuführen.

Dabei ist es unzweifelhaft, daß der Vater in Betreff des Nießbrauches Alles so einrichten muß, daß dadurch die Substanz des Vermögens der Kinder auf keine Weise verschlechtert werden kann. Jedoch ist er aus Rücksicht auf die ihm als Vater schuldige Ehrfurcht der Kinder von der Rechnungsstellung, Cautionsleistung, und von allem Anderen befreit, was die Gesetze von anderen Nießbrauchern fordern. (l. 1 C. [6. 60] l. 8 § 4 C. [6. 61].)

Neben dieser Befreiung von der Cautionsleistung haben aber die Kinder ein gesetzliches universelles Pfandrecht wegen ihres mütterlichen oder von anderen mütterlichen Ascendenten durch Erbschaft

---

Errungenschaft mit einer durch gütliches Uebereinkommen oder durch richterliches Erkenntniß zu ermittelnden approximativen Summe auf dem vorhandenen Grundvermögen des überlebenden Ehegatten in der Weise versichert werde, daß aus dem Eintrage hervorgeht, wie diese Summe nur zum Zwecke des Hypothekeneintrages berechnet worden sei, eine wirkliche Auszeigung des Vater- und Muttergutes sohin noch nicht enthalte.

Zu diesem Zwecke ist jedesmal ein tauglicher Specialcurator, wo möglich aus der Zahl der Verwandten des verstorbenen Ehetheiles, aufzustellen, und gesetzlich zu verpflichten, sodann den Betrag des den Kindern ausgeschiedenen Vermögens in die Pflegschaftstabelle einzustellen.

Durch vorstehende Weisung, welche blos als instruktive Norm für die Curatelbehörden zu gelten hat, soll jedoch den Betheiligten bei sich ergebenden Reclamationen der Rechtsweg im gesetzlichen Instanzenzuge nicht benommen sein.

oder Schenkung auf sie gefallenen Eigenthums am Vermögen des Vaters, sobald dieser die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder hat. (l. 8 § 5. C. [5. 9].) „Auch soll das Vermögen desjenigen Vaters, welcher ein solches Kind in seiner Gewalt hat, und verpflichtet ist, denselben ihr mütterliches, oder das ihnen von ihren mütterlichen Ascendenten zugefallene Vermögen zu erhalten, den gedachten Kindern zum Zwecke der Sicherung ihres mütterlichen Vermögens verpfändet sein, jedoch mit der Maßgabe, daß den Kindern solche Hypotheken nicht zur Veranlassung dienen können, um die Verwaltung des Vaters oder der Mutter zu untersuchen, oder mit ihnen deßhalb Streit anzufangen, da es klaren Rechtens ist, daß auch dann, wenn dieselben ihr Vermögen, welches sie außer den erwähnten Vortheilen, oder dem mütterlichen Vermögen besitzen, veräußert haben, den Kindern ihr Hypothekenrecht ungeschmälert verbleibt."

Aus diesem Gesetz geht klar hervor, daß eine weitere und spezielle Sicherheitsleistung des Vaters für das in seiner Verwaltung befindliche Vermögen seiner Kinder um deßwillen für unnöthig erachtet ist, weil die gesetzliche Hypothek der Kinder am ganzen Vermögen des Vaters auch dann nicht zerstört wird, wenn der Vater sein Vermögen veräußert. Darum wird auch dem Käufer in (l. 1 C. [6. 60]) der Rath ertheilt, sich vorzusehen, ob die Sache, welche er vom Vater kauft, dessen freies Eigenthum sei.

Von diesen gemeinrechtlichen Bestimmungen weicht das M. L. R. nur insoweit ab, daß es consequent nach der deutschrechtlichen Auffassung über die Stellung der Mutter die nach römischem Rechte blos dem Vater eingeräumten Rechte und Verbindlichkeiten auf die nutznießenden Eltern, also auch auf die Mutter ausdehnt. Das L. R. entbindet in Tit. VI. § 5 den überlebenden Gatten von der Pflicht der Inventur und Rechnungsstellung, es gewährt ihm in Tit. VII. § 2 den völligen Nießbrauch an dem auf die Kinder vererbten Vermögen des verstorbenen Gatten [1]), und befreit ihn in Tit. VII. § 9 auch von der Cautionsleistung, so lange er dafür sorgt, daß die Substanz des Vermögens erhalten bleibe.

---

1) Eine Ausscheidung des Vermögens der Kinder im Zubringen und Errungenschaftsantheil des verstorbenen Parens, wie sie in der fraglichen Verfügung vom 17. Juli 1841 gemacht ist, dürfte zu folgenden Erwägungen Veranlassung geben:

Wenn auch der Satz richtig bleibt, daß eine förmliche Abtheilung (Tit. III. § 1) erst bei der Auslieferung der Kinder stattfindet, so ist doch nicht weniger richtig, daß schon mit dem Momente des Todes des einen Gatten dessen Rechte im Erbwege nach Tit. XIV. § 1 des M. L. R. und auch gemeinrechtlich auf dessen Kinder übergehen, und den Charakter des Vater- und Muttergutes annehmen. § 280. (A. G. E. vom 3. März 1853 Nr. 424.)

Wollte man ein besonderes Gewicht darauf legen, daß wegen der Mithaftung dieses Vermögens des gestorbenen Gatten für die Schulden ein der Summe nach bestimmter Anspruch seiner Erben, nämlich der Kinder, ohne förmliche Inventur nicht ersichtlich werde, so könnte doch dieser Umstand an der rechtlichen Natur des Vater- oder Muttergutes nichts ändern. Hierdurch kann der Anspruch der Kinder auf Zubringen und Errungenschaftsantheil de jure so wenig beeinträchtiget werden, als der Eigenthümer einer Sache oder einer Forderung durch deren Verpfändung an seinem Eigenthume etwas verliert, denn er bleibt an und für sich selbst dann noch Eigenthümer, wenn die Schulden den Werth des Objektes sogar noch übersteigen. Ebensowenig verliert auch der Erbe diese seine Eigenschaft dadurch allein, daß die Verlassenschaft, worauf ihm Rechte zustehen, überschuldet ist. Aus diesem Grunde

Aus dem angeführten gemeinen Rechte sowohl, als aus dem M. L. R. geht aber weiter hervor, daß die ausgedehnteren Rechte und Freiheiten des elterlichen Nießbrauches eben mit den elterlichen Rechten zusammenhängen, daß sie sonach auf civilrechtlicher Basis und nicht auf dem öffentlichen Rechte der Curatel beruhen, letzteres schon um deßwillen nicht, weil, wie unter Tit. V. gezeigt wurde, eine Curatel oder Vormundschaft über Minderjährige so lange nicht statt hat, als noch ein Elterntheil lebt, welcher (gleichviel ob Vater oder Mutter) die elterliche Gewalt fortsetzt. (§ 116.)

In geschichtlicher Beziehung ist bezüglich der gegebenen Frage Folgendes anzuführen:

In einem Berichte des fürstl. primatischen Appellationsgerichtes zu Wetzlar vom 13. Mai 1807 an das Oberappellationsgericht ist Folgendes angeführt:

„In Tit. V. § 1 und 10, Tit. VI. § 5, Tit. VII. § 2 und 9 „des M. L. R. ist deutlich enthalten, daß, wenn ein Vater mit Hinter-„lassung von Kindern stürbe, und denselben keinen Vormünder gesetzt „hätte, dieser Kinder rechte Mutter oder Großmutter ihre Vormünderin, „ohne beeidigt zu werden, sei, und so lange sie nicht zur zweiten Ehe „schritte, sowohl den völligen usum fructum in des Verstorbenen, resp. „ihrer Kinder Güter haben, als auch weder zur Inventur nach Rechnungs-„ablage, ja sogar den Fall der Verschwendung ausgenommen, nicht ein-„mal wegen eben gedachtem Nießbrauch Caution zu stellen verbunden „sein solle."

„In dieser Hinsicht hat unterzeichnete Stelle ohne Rücksicht auf die „am vormaligen Kammergericht bestandene Observanz, „wornach, wenn „ein Vater mit Hinterlassung minderjähriger oder abwesender Kinder, „ohne auf diesen Fall entweder in den Ehepakten oder durch ein Testa-„ment Besonderes disponirt zu haben, starb, jedesmal sogleich obsignirt, „der als Vormünderin ernannten Mutter ein Mitvormund beigegeben, „beide beeidigt, und sowohl zur Errichtung eines Privatinventars, als „jährlichen Rechnungsablage angewiesen wurden," gelegenheitlich eines „vor wenigen Tagen vorgekommenen Sterbfalles ganz nach vorgedachter

---

muß daher auch den Kindern bezüglich des Illates sowohl als des Errungenschafts-antheiles schon mit dem Tode des betreffenden Elterntheiles die ganze Verlassen-schaft de jure anfallen. Die rechtliche Existenz derselben wird nicht erst bedingt durch die Feststellung der reinen Masse, sondern ist schon von vornherein durch das mit dem Abschluß der Ehe erzeugte Güterverhältniß gegeben.

Hieraus folgt, daß die Frage, ob durch die bei dem Todesfall vorhandenen, oder während der Ehe schon bezahlten Schulden das ursprüngliche Zubringen oder die Errungenschaft ganz oder zum Theile absorbirt werde, rein faktischer, nicht aber rechtlicher Natur ist, wenigstens insoweit nicht, als daraus ein Einwand gegen die Existenz eines Vater- oder Muttergutes abgeleitet werden wollte.

Diese aus dem System des M. L. R. hervorgehende Annahme findet auch in einzelnen Stellen desselben ausdrückliche Anerkennung, insbesondere in Tit. VII. § 2, wo von dem Nießbrauch des Ueberlebenden „in des Verstorbenen Güter" und in Tit. VI. § 5, wo ebenfalls von diesem Nießbrauch „in der Kinder Güter" die Rede ist.

Eine blose Anwendung dieser Grundsätze auf das zugebrachte Vermögen mit Ausschluß des Errungenschaftsantheiles würde dem Landrechte direkt widerstreiten, weil nach Tit. III. § 1 gleichzeitig mit dem Zugebrachten auch der Errungenschaftsantheil an die Kinder als Erben des verstorbenen Parens übergeht. (§. 280.)

„statutarischer Vorschrift benommen, und weil derselbe ohne Testament „verstorben, und seine sehr rechtschaffene und häusliche Frau noch am „Leben, der von ihm hinterlassenen zum Theil abwesenden, zum Theil „minderjährigen Kinder ungeachtet, weder obsignirt, noch die Wittwe in „besondere Vormundschaftspflichten genommen, und sie zur Einreichung „eines Inventars oder beschwornen Specification angehalten, bittet jedoch „ein hohes Oberappellationsgericht um hochgefällige Weisung, wenn hie- „gegen das Mindeste zu erinnern sein sollte."

Auf diese berichtliche Anfrage erfolgte nachstehende Entschließung des fürstl. (primatischen) Oberappellationsgerichtes vom 26. März 1807:

„Da das M. L. R. zu Wetzlar eingeführt ist, und der in dessen pro- „emio enthaltenen Verordnung demselben entgegenstehende Gewohnheiten „und Statute aufgehoben sind, so ist dieses auch der Fall bei dem da- „selbst in der Successions- und Erbschaftsmaterie herkömmlichen statuta- „rischen Rechte."

„Die Art, mit welcher das Appellationsgericht die Pupillen, wenn „der Vater mit Hinterlassung einer Wittwe gestorben, behandelte, ist ganz „löblich, allein sie verursacht durch die Obsignation und Inventar, sowie „die jährliche Rechnungsablage und Abhör den Pupillen Kosten, welche „bei einer haushältischen Mutter unnöthig, und bei einem geringen Ver- „mögen drückend sind. Man findet daher bei dem von dem Appellations- „gerichte zu Wetzlar eingehaltenen Verfahren um so weniger zu erinnern, „als dasselbe die Wittwen gar leicht übersehen, und im Falle einer „Verschwendung nach dem M. L. R. von Obervormundschaftswegen ein- „schreiten kann."

„Es wird daher dem Appellationsgerichte eröffnet, daß an dem ganz „nach Vorschrift des M. L. R. eingehaltenen Verfahren ganz und gar „nichts zu erinnern sei."

Weiter wurde durch eine Entschließung des k. Staatsministeriums der Justiz vom 8. März 1817 ausgesprochen, daß nach M. L. R. dem überlebenden Ehegatten, wenn Kinder vorhanden sind, so viele Rechte am Vermögen des Verlebten zustehen, daß, so lange er nicht zur weiteren Ehe schreitet, eine Vermögensabsonderung und Pflegschaftsbestellung nicht nothwendig erscheint.

Diese Erlasse gehen nun allerdings auf eine Zeit zurück, in welcher das bayer. Hypothekengesetz, die Grundlage des Generale vom 17. Juli 1841, noch nicht erlassen war; es wird daher diese an die Curatel- behörden gerichtete allgemeine Verfügung auf folgende Weise begründet.

Der § 12 des Hypothekengesetzes räumt den Kindern wegen des- jenigen, was sie als Vater- oder Muttergut, oder sonst erworbenes Ver- mögen zu fordern haben, auf den Immobilien ihrer Eltern einen gesetz- lichen Hypothekenrechtstitel ein, und § 104 a. a. O. bestimmt, daß die Eintragung der den minderjährigen Kindern hinsichtlich des Vater- oder Muttergutes auf den Immobilien der Eltern zustehenden Hypothek nicht nur von dem Minderjährigen, dem Vormund selbst, dem Nebenvormunde, und von der vormundschaftlichen Behörde, sondern selbst von jedem Dritten verlangt werden könne, und daß der aus der Unterlassung den Minder- jährigen zugehende Schaden sogar Entschädigungs-Ansprüche gegen den Vormund und die vormundschaftliche Behörde begründe.

Es läßt sich zwar einwenden:

1) Daß das M. L. R. in Tit. VI. § 5 ausdrücklich bestimme, daß die Eltern, welche in ihrer Kinder Güter den Nießbrauch haben, zu keiner Inventur noch Rechnung verbunden seien, so lange sie den Wittwenstand nicht verrücken, und daß es in Tit. VII. § 9 weiter bestimmt, daß der Vater oder die Mutter, welche in der Kinder Güter den Nießbrauch haben, keine Caution dafür zu stellen schuldig seien, außer in dem Falle zu befürchtender Verschwendung.

2) Daß bei Lebzeiten des Vaters eine Curatelbestellung nicht zulässig ist, es also auch an einer zur Klagstellung auf Sicherheitsleistung legitimirten Persönlichkeit fehlt.

3) Daß es sogar auch an einem Objekt gebricht, so lange das Vater- oder Muttergut einfach verwaister Minderjähriger gesetzlich noch nicht festgestellt werden kann und darf wie im gegebenen Falle.

Allein was diese Gründe betrifft, so wird entgegen angenommen, daß der Ungrund mangelnder Legitimation zur Klage auf flacher Hand liege; denn eine förmliche Curatel oder Vormundschaft wird über die einfach verwaisten Kinder nicht angeordnet, was nach dem Gesetze, insbesondere wenn der Vater noch lebt, unzulässig wäre, sondern es wird nur ein Special-Curator für diesen Akt der Sicherstellung des Vermögens aufgestellt und verpflichtet, weil in diesem Punkte das Interesse der minderjährigen Kinder mit jenem des überlebenden Elterntheiles collidirt, und sohin für die Durchführung dieses im Hypothekengesetze begründeten Anspruches der Kinder gegen den Parens die Aufstellung eines besonderen Vertreters nothwendig wird.

Dieser Special-Curator bedarf zur Klagstellung der Einwilligung der, wenn gleich consensfähigen, von ihm zu vertretenden minderjährigen Kinder nicht, da er von der Curatelbehörde, welche die hier vorliegenden Verhältnisse im Interesse der minderjährigen Kinder zu erwägen hatte, zur Klagstellung ausdrücklich anzuweisen ist, und dem allenfallsigen Widerspruch oder Nichteinverstandensein der gedachten Kinder eben wegen ihrer Minderjährigkeit kein Einfluß auf die Beurtheilung der Frage, ob und inwieweit gegen ihren Vater oder gegen ihre Mutter in ihrem Interesse zu klagen sei, eingeräumt werden kann.

Als ebenso unbegründet werden aber auch die aus den angeführten Bestimmungen des M. L. R. hergenommenen Einwände erachtet, indem weder die eine noch die andere dieser Gesetzesstellen der Anwendung des § 12 und 104 des Hypothekengesetzes bezüglich der Sicherstellung des Vermögens einfach verwaister Kinder entgegensteht. Der § 12 des Hypothekengesetzes bezweckt in nr. 6 und 7 nichts Anderes, als die Schaffung eines Ersatzes für die nach dem gemeinen Rechte und auch nach dem M. L. R. den Ehefrauen bezüglich ihres Zubringens, und den einfach verwaisten Kindern bezüglich ihres Mutter- und Vatergutes früher zugestandenen gesetzlichen oder stillschweigenden Generalhypotheken, als diese mit dem Principe der Spezialität und Publicität unverträglich, mit der Einführung des Hypothekengesetzes hinwegfielen.

Sowie nun dieses den einfach verwaisten Kindern bezüglich ihres Muttergutes in Tit. XXII. § 3 und 5 des M. L. R. eingeräumte gesetzliche und zum Theil privilegirte Generalpfandrecht, welches ihnen einen hypothekenrechtlichen Vorzug vor anderen Gläubigern sicherte, neben der Bestimmung des § 9 Tit. VII. des M. L. R. bestand, ebenso kann

nun auch die Realisirung des § 12 nr. 7 des Hypothekengesetzes — welcher bezüglich der einfach verwaisten Kinder mehr nicht, als eine Specialisirung der früher denselben zugestandenen stillschweigenden General-Hypotheken bezweckt — neben dem gedachten § 9 Tit. VII. des M. L. R. sehr wohl bestehen, und wird durch dessen Realisirung auch den übrigen Bestimmungen des M. L. R., namentlich der in Tit. VI. § 5 ausgesprochenen Befreiung des überlebenden Elterntheiles von jeder Inventur und Rechnungsstellung bezüglich der in seinem Nutzgenuß befindlichen Güter seiner Kinder, so lange er im Wittwenstande bleibt, nicht zu nahe getreten, wenn diese Realisirung in der im Ausschreiben vom 17. Juli 1841 angedeuteten Weise, nämlich mit Beschränkung auf das Eheeinbringen des verstorbenen Elterntheiles in Vollzug gesetzt wird, weil sich dieses Eheeinbringen auch ohne Inventur und Rechnungsstellung ermitteln läßt.

Wenn nun eingewendet wird, daß wegen der nach M. L. R. bis zur Wiederverehlichung des überlebenden Elterntheiles fortbestehenden Errungenschaftsgemeinschaft (§ 92), und wegen der theilweisen Mithaftung der Kinder für die Eheschulden sich vor dem Zeitpunkte der gesetzlich zulässigen und gebotenen Vermögenstheilung gar nicht bestimmen lasse, ob den einfach verwaisten Kindern an dem nicht in Gütern bestehenden Einbringen des vorverstorbenen Elterntheiles noch etwas zukomme, und daß sich sohin eben deßwegen eine bestimmte Illatengröße, ohne den überlebenden Elterntheil zu etwas, wozu er gesetzlich nicht verbunden ist, nämlich zur Inventur und Rechnungsstellung indirekt zu zwingen, behufs der Eintragung in das Hypothekenbuch gar nicht ermitteln lasse, so setzt dieses doch einestheils das Vorhandensein einer das Eheeinbringen vermindernden Verrungenschaft voraus, anderntheils versteht es sich, daß selbst im Falle vorhandener Verrungenschaft die Größe des zu versichernden Illatenrestes nicht durch Inventur und Rechnung, wovon der überlebende Gatte gesetzlich befreit ist, sondern nur annähernd unter geeigneter Beachtung der deßfallsigen Eheverlusts-Angaben des überlebenden Gatten mit Einvernehmung des für die Kinder bestellten Curators nach Anleitung des § 16 des Hypothekengesetzes entweder im Wege gütlichen Uebereinkommens, oder durch richterliches Erkenntniß festzustellen ist [1]).

Ueber den Betrag des Zubringens selbst werden in den meisten Fällen einestheils die in der Regel vorhandenen Eheverträge genügende Aufklärung geben, anderntheils kann der überlebende Gatte eine Befreiung von der im Interesse seiner minderjährigen Kinder gebotenen Angabe desselben auf den Grund des Gesetzes nicht in Anspruch nehmen, da das M. L. R. ihn hievon nicht, sondern nur von der Verbindlichkeit der Inventur und Rechnungsstellung während des unverrückten Wittwenstandes freigibt.

---

[1]) Selbstverständlich ist das ganze Verfahren nur eine provisorische Sicherheitsmaßregel, wodurch die nur mittelst förmlicher Abtheilung zu findende wirkliche Größe des Vermögens der Kinder weder vermindert, noch erhöht werden kann oder soll, so daß sie also weder dem überlebenden Parens noch dessen Gläubigern einen Schaden bringen kann; dem ersteren nicht, weil es ihm freisteht, jeden Augenblick das Vermögen der Kinder auf gesetzliche Weise feststellen zu lassen, und dadurch die Sicherheitsleistung auf das richtige Maß zurückzuführen, den Gläubigern nicht, weil die Sicherheitsleistung nur die wirklich bestehenden Rechte der Kinder decken soll, und Rechte Dritterer dadurch nicht verkürzt werden können.

Einem anderen Einwand, daß der § 12 des Hypothekengesetzes nur vom Sondergut spreche, welches die einfach verwaisten Kinder zu fordern haben, während nach M. L. R. diese Kinder vor Eintritt der definitiven Vermögensschichtung ein Vater- oder Muttergut noch gar nicht zu fordern hätten, und ein solches als ausgeschieden vielmehr noch gar nicht existire, steht entgegen, daß mit dem Tode des einen Elterntheiles die Kinder ipso jure als sui heredes die Erben desselben werden, sie sohin vollkommen in die Vermögensrechte des verstorbenen Gatten eintreten, und dem überlebenden Elterntheile nur der Nießbrauch in des verstorbenen Gütern eingeräumt ist. Die Richtigkeit dieser Annahme erhellet deutlich aus mehreren Stellen des M. L. R., namentlich aus Tit. VII. § 3 resp. den dort gebrauchten Worten „solcher Kinder anerfallene elterliche Erbportion", wie nicht minder aus Tit. VII. § 4, und wurde auch in der Praxis nicht anders angenommen, als daß auch nach M. L. R., gleichwie nach gemeinem Rechte den Kindern die Erbschaft jedes Elterntheiles durch dessen Tod anfällt, und vermöge des Zwangserbrechtes der Kinder von diesen mit dem Anfalle erworben wird. (Vergl. § 277.) (A. G. E. vom 3. März 1853 Nr. 424. — Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender. — Erk. des Rev.-G. vom 4. September 1776, J. Straub gegen Förg.)

Der Anspruch auf das Eheeinbringen des Vaters oder der Mutter, soweit solches bei deren Tod noch vorhanden ist, bildet sohin allerdings ein mit dem Tode des Vaters oder der Mutter schon existent gewordenes Vater- oder Muttergut der Kinder, und wenn gleich dessen Auslieferung noch nicht gefordert werden kann, so ist doch dessen rechtliche Existenz begründet, und nach der Natur der Sache mehr nicht erforderlich, um die Anwendung des § 12 des Hypothekengesetzes, welcher lediglich die durch die Aufhebung der stillschweigenden Generalhypotheken in der Sicherung der einfach verwaisten Kinder entstandene Lücke ausfüllen soll, zu rechtfertigen. Daß der dem Vater- oder Muttergut in der neuen Prioritätsordnung von 1822 eingeräumte Vorzug der IV. Klasse obige Lücke nicht vollständig zu beseitigen vermag, bedarf keiner weiteren Ausführung, wenn man erwägt, daß alle Hypotheken nach dieser Prioritätsordnung den Vorzug der II. Klasse nach der Zeit ihrer Eintragung genießen, daß in deren Konstituirung dem Privatwillen der Schuldner gesetzlich kein Ziel gesetzt ist [1]), und daß sohin leicht die bestellten Hypotheken in Concursfällen die ganze [2]) Masse absorbiren können. (A. G. E. vom 30. März 1846 Nr. 2589.)

---

[1]) Nach der für das Hypothekenwesen im Kurstaate Mainz maßgebenden Verordnung vom 15. Januar 1785 (§ 307) und Beilage zu Tit. XIX. wurden allerdings privilegirte gesetzliche Hypotheken nicht in das Hypothekenbuch eingetragen, allein der Privatwillkühr desjenigen, auf dessen Vermögen eine solche Hypothek haftete, war dadurch eine Schranke gesetzt, daß nach § 11, 12 dieser Verordnung seine Güter gar nicht weiter verpfändet werden konnten, außer wenn der neue Gläubiger von der bestehenden Belastung in Kenntniß gesetzt war, und sich nach § 13 mit der noch gebotenen Sicherheit begnügte. Für die Mittheilung der bestehenden Belastung waren die Hypothekentaxatoren und Ortsgerichte persönlich haftbar, und der nachfolgende Gläubiger mußte sich dann jede Größe der ihm vorgehenden gesetzlichen Hypothek gefallen lassen.

[2]) Zu bemerken ist hiebei, daß der überlebende Parens als Nutznießer auf das Eigenthum seiner Kinder als fremdes Eigenthum keine Hypotheken bestellen kann. (Hypothekengesetz § 4.)

Nachdem bereits in dem Generale vom 17. Juli 1841 der Weigerungsfall des betreffenden überlebenden Gatten vorgesehen ist, sind die Gerichte angewiesen, sobald das Einbringen des Verlebten an beweglichem Vermögen ermittelt ist, nach § 12 nr. 7 des Hypothekengesetzes das Hypothekenamt um Eintragung dieses Vater- oder Muttergutes auf den Immobilien des überlebenden Gatten anzugehen, und es kann eventuell der klagsweisen Verfolgung der Rechte der Kinder durch den Vormund im Hinblicke auf jene appellationsgerichtliche Anordnung der Curatelconsens nicht versagt werden. (A. G. Entschließung vom 2. Dezember 1859, Nr. 1082.)

Bezüglich des weiteren im Widerspruchsfalle einzuhaltenden Verfahrens ist Folgendes zu bemerken: Zu denjenigen Gläubigern, welche zur Erwerbung einer Hypothek kraft des Gesetzes selbst, und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners nothwendig wäre, berechtigt sind, zählt § 12 des Hypothekengesetzes in nr. 7 die Kinder wegen desjenigen, was sie als Vater- oder Muttergut, oder sonst erworbenes Vermögen zu fordern haben, wobei als Gegenstand, auf welchen die zu erwerbende Hypothek einzutragen ist, im Allgemeinen die Immobilien der Eltern bezeichnet sind [1]).

In § 104 desselben Gesetzes, wo davon die Rede ist, wer die Eintragung einer Hypothek im Namen eines Andern zu verlangen, berechtigt sei, ist nr. 4 unter Anderem bestimmt, daß die Eintragung der den minderjährigen Kindern zustehenden Hypothek nicht nur von den Minderjährigen resp. dem Vormund selbst, sondern auch von jedem Verwandten und sogar von jedem dritten verlangt werden könne, und daß, wenn ein Schaden aus der Unterlassung für den Minderjährigen entstanden ist, die Entschädigung von dem Vormunde oder Gerichte gefordert werden könne.

Endlich enthalten die §§ 109 ff. die Vorschriften für das Verfahren der Hypothekenämter bei gestellten Anträgen auf Eintragung einer auf Rechtstitel oder Privatwillen sich gründenden Hypothek, wobei insbesondere in § 110 der Fall erwähnt ist, wenn die Eintragung einer Hypothek von der betreffenden Curatelbehörde dem Hypothekenamte angesonnen wird, und § 112 genau vorschreibt, was von dem Hypothekenamte dann zu geschehen habe, wenn derjenige, gegen welchen der Antrag gerichtet ist, Widerspruch erhebt, daß nämlich nach fehlgeschlagener gütlicher Ausgleichung die Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen sind. Hiemit ist die Thätigkeit des Gerichtes als Hypothekenamt bis zum Austrag der Sache beendigt, obgleich immerhin das Gericht als Curatelbehörde verpflichtet bleibt, für die Sicherheit des Vater- und Muttergutes minderjähriger Kinder jedenfalls insoweit wenigstens Sorge zu tragen, als dieses nach § 12 nr. 7 und § 104 nr. 4 des Hypothekengesetzes unabhängig von dem Privatwillen des überlebenden Gatten möglich ist. Die Frage, ob letzterer zur hypothekarischen Caution verpflichtet sei, kann indeß weder von der Curatelbehörde, noch von dem Hypothekenamte gelöst werden, sondern nur auf dem Rechtswege durch förmlich

---

[1]) Soferne das Vater- oder Muttergut der Kinder selbst in ausgeschiedenen Liegenschaften besteht, genügt natürlich die Berichtigung des Besitztitels im Hypothekenbuche, weil damit diese Güter vor der Veräußerung durch den überlebenden Parens geschützt sind.

gestellte Klage. (vid. Instruction zum Hypothekengesetz § 28 nr. 14 Abs. 3. Erk. des k. A. G. vom 13. März 1860, Nr. 2081.)

Findet sich der Curator beschwert, weil er zur Klagstellung in einer Sache angewiesen wurde, in welcher nach dem M. L. R. ein obsiegendes Erkenntniß nicht zu erwarten sei, und er also seinen Curanden in dem gegen ihren überlebenden Elterntheil zu führenden Rechtsstreit nur unnöthige Kosten verursachen würde, so kann diese Beschwerde nur vom Curatelstandpunkte aus gewürdiget, und in dieser Beziehung nur untersucht werden, ob das Gericht durch Erlassung des fraglichen Auftrages die ihm als Vormundschaftsbehörde zustehende Befugniß oder Verbindlichkeit in Wahrung der Interessen der Curanden überschritten, und etwas unterlassen habe, so daß von Oberaufsichtswegen eine Abhülfe geboten, oder veranlaßt wäre. Diese Frage muß jedoch verneint werden, denn durch das Generale vom 17. Juli 1841 sind die Gerichte in ihrer Eigenschaft als Pflegschaftsbehörden angewiesen, nach dem Ableben eines Elterntheiles, wenn minderjährige Kinder vorhanden sind, jedesmal von Amtswegen dafür zu sorgen, daß das nicht in Grundvermögen bestehende Vater- oder Muttergut auf dem vorhandenen Grundvermögen des überlebenden Ehetheiles versichert werde, was auch für die Fälle gilt, wenn der überlebende Ehetheil nicht zur Ehe schreitet, und keine Gefahr der Verschwendung vorhanden ist.

Jene Verfügung vom 17. Juli 1841 enthält allerdings keine allgemein bindenden Rechtsnormen, und kann sie nach Art und Zweck ihres Erlasses nicht enthalten, vielmehr ward den Betheiligten die auf dem Rechtsweg zu erledigende Reclamation ausdrücklich vorbehalten; sie enthält aber eine instructive Vorschrift für die betreffenden Untercuratelbehörden, an deren genaue Beachtung und Einhaltung dieselben ihren Oberbehörden gegenüber selbstverständlich in so lange gebunden sind, als sie nicht wieder zurückgenommen wurde.

Ein Zwangsrecht, d. h. die Erlassung eines Ausspruches, daß der überlebende Gatte schuldig sei, die ihm angesonnene aber von ihm verweigerte Sicherheit zu leisten, steht der Curatelbehörde natürlich nicht zu, und wenn daher dieselbe in schuldiger Beobachtung der ihr ertheilten instructiven Normen, durch welche den Pflegschaftsbehörden die Sorge für die Sicherheitsleistung zur besonderen Pflicht gemacht ist, den Vormund anwies, gegen den überlebenden Elterntheil der Curanden Klage zu erheben, so hat dieselbe gewiß ihre Befugniß als Curatelbehörde nicht überschritten, oder ihre Obliegenheit, für das Interesse der Curanden zu sorgen, nicht verletzt. (A. G. E. vom 16. April 1861, Nr. 3363.)

Auch die Beschwerde des Vormundes, daß kein Fall einer Sicherheitsleistung nach M. L. R. gegeben sei, und er daher zur Klagstellung nicht angewiesen werden könne, muß vom Curatelstandpunkte aus entschieden werden, weil es sich nicht um die Beurtheilung der Frage nach civilrechtlichen Gründen Seitens des Richters, sondern darum handelt, oberrichterlichen Normen und Instruktionen den Vollzug zu sichern. Es kann daher auch nicht in der Competenz der Obergerichte liegen, die den Untergerichten gegebene Instruktion in den diesen zugewiesenen Gerichtssachen aufzuheben, oder zu modificiren. (O. A. G. Erk. vom 30. September 1861, Nr. 220.)

Wenn wir nun wieder zu der civilrechtlichen Seite dieser Frage zurückkehren, so verdient ein Erkenntniß des k. Oberappellationsgerichtes

vom 6. Juli 1847 Nr. 6261 die vollste Beachtung, durch welches das Erkenntniß des k. Appellationsgerichtes vom 30. März 1846 Nr. 2589 unter Herstellung des Erkenntnisses erster Instanz abgeändert wurde [1]).

---

[1]) Durch Erkenntniß erster Instanz war der überlebende Gatte von der Klage des Vormundes auf Sicherhetsleistung entbunden, und in zweiter Instanz ausgesprochen worden, daß der überlebende Gatte schuldig sei, das Eheeinbringen seiner verstorbenen Frau anzugeben, und den deßfallsigen Antheil seiner Kinder durch Eintrag auf seine Immobilien im Hypothekenbuche sicher zu stellen.

Zu bemerken ist, daß es sich um einen Fall handelt, in welchem das Einbringen der Frau unbekannt war, und der Beklagte dessen Angabe verweigerte, also die Größe des zu versichernden Objektes unbekannt blieb.

Nach den Entscheidungsgründen des O. A. G. E. vom 6. Juli 1847 ist in Betracht zu ziehen, daß der Gegenstand einer Klage gegen den überlebenden Gatten auf Sicherheitsleistung für das Eheeinbringen des vorverstorbenen Gatten resp. für das Vater- oder Muttergut der minderjährigen Kinder ein doppelter ist, nämlich:

I. Die Angabe des Eheeinbringens.

II. Die Versicherung desselben.

Der erste Punkt ist präjudicieller Natur für den zweiten, weil, wenn über den Betrag des Einbringens Urkunden nicht vorliegen, auch weder der Vormund, noch das obervormundschaftliche Gericht sonstige Notizen darüber hat, ohne eine Angabe von Seite des Beklagten nicht einmal der Eintrag einer approximativen Summe desselben im Hypothekenbuche veranlaßt werden könnte.

Die Annahme, daß es nach dem zur Anwendung kommenden M. L. R. an einem Rechtsgrunde fehle, den Beklagten zur Angabe des Einbringens seines verlebten Gatten anzuhalten, wird zunächst und hauptsächlich dadurch zu widerlegen versucht, daß fragliches L. R. nur eine partikuläre Errungenschafts- also keine allgemeine Gütergemeinschaft kenne, vielmehr das beiderseitige Einbringen der Eheleute von jeder Gemeinschaft ausschließe, sohin auch von der Fortsetzung einer solchen keine Rede sein könne, und sich hieraus die Folge ergebe, daß das Einbringen eines verstorbenen Ehetheiles den Kindern als haeredes sui eigenthümlich und ausschließlich zufalle, und deren Vater- oder Muttergut ipso jure bilde.

Man kann die Richtigkeit dieser Behauptungen unbedenklich zugeben, ohne zu dem Schlusse berechtigt zu sein, daß deßhalb der Fall einer Verpflichtung des überlebenden Gatten, das Einbringen des Verstorbenen anzugeben, rechtlich eintrete.

Das M. L. R. legt bei der ihm eigenen Mischung des gemeinrechtlichen Güterstandes der Illatenscheidung mit der partikulären Gemeinschaft des errungenschaftlichen Erwerbes auf Ableben eines Ehetheiles dem Ueberlebenden hinsichtlich des vorhandenen Vermögens, ohne Unterschied seines Ursprungs, der Regel nach keinerlei Beschränkungen auf. Es gestattet ihm vielmehr ausdrücklich den Nießbrauch und die Verwaltung der Güter des Verstorbenen, erläßt ihm Inventur und Rechnungsstellung und fordert auch keine Cautionsleistung. (Tit. VI. § 5 Tit. VII. § 2 u. 9.)

Nur in Hinsicht auf Veräußerung von Immobilien, wesentliche Veränderung in der Benützung derselben, und für den Fall des Ueberganges zur zweiten Ehe und der Gefahr der Verschwendung sind Ausnahmen gemacht. Solange eine dieser Ausnahmen nicht eintritt, bleibt der juristische Besitz des Einbringens des verlebten Ehetheiles unter dem überlebenden Gatten als Nutznießer, und den Kindern als Eigenthümern gemeinschaftlich, das Dispositionsrecht darüber ruht, und die Sonderung von der Errungenschaft und dem Vermögen des überlebenden Ehetheiles bleibt ausgesetzt, m. a. W., es soll Alles in dem Stande erhalten werden, welcher bei andauernder Ehe statt hatte.

Dieses Prinzip möglichst langen Fortbestehens des ungestörten Zusammenlebens des überlebenden Elterntheiles mit seinen leiblichen Kindern prägt sich in mehreren anderen Bestimmungen des M. L. R., z. B. Tit. VI. § 1 am Ende, Tit. VII. § 2. 4. 7 aus, und hat seinen Grund in dem Anerkenntnisse, der damit für beide Theile verbundenen Vortheile, und in dem vom Gesetzgeber den Eltern geschenkten Vertrauen. Als einzige Art und Weise, wie der überlebende Gatte die vorkommende Vermögensscheidung vorbereiten soll, kennt das M. L. R. die Inventur, und versteht darunter Tit. VI. § 1 die Angabe: a) des eigenen beweglichen und unbeweglichen Vermögens, der Aktiven und Passiven desselben; b) der Hinterlassenschaft des verlebten Ehegenossen, und dessen, was davon bis zur Wiederverehlichung verbraucht worden.

Das angeführte Erkenntniß des k. Oberappellationsgerichtes ist seither vielfach in der Praxis dahin ausgelegt worden, als ob das Ausschreiben des k. Appellationsgerichtes von 1841 den überlebenden Gatten, sowie den mit der Ausführung jener Verfügung befaßten Curatelbehörden etwas dem M. L. R. durchaus Widerstrebendes zugemuthet habe; allein eine genauere Betrachtung der Entscheidungsgründe jenes Erkenntnisses ergibt, daß nur die erste der darin aufgestellten Fragen, ob nämlich der überlebende Ehetheil zur Angabe des Eheeinbringens des verstorbenen Gatten verbunden sei, darin verneint wurde, während bezüglich der Hauptfrage über dessen Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nur allgemeine Andeutungen gemacht sind, weil diese Frage im gegebenen Falle nicht zu entscheiden war. Zur Beantwortung dieser letzteren Frage kann jedoch sicherlich eine blose Bezugnahme auf die Bestimmungen des M. L. R. in Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 9, wornach die Eltern, welche den Nießbrauch am Vermögen der Kinder haben, weder zur Inventur oder Rechnungsstellung, noch zur Cautionsleistung dafür verbunden sind, nicht genügen, denn neben

---

Abgesehen davon, daß eine vorläufige einfache Angabe dieser Hinterlassenschaft ohne Berechnung ihres Zu- und Abganges, welche im Gesetze selbst angedeutet ist, von irgend einer Verlässigkeit nicht wären, würde solche für nichts Anderes als die Anticipation eines Theiles des Inventares gelten können, dessen Errichtung sowie jede Rechnungsstellung doch dem überlebenden Ehetheile ausdrücklich erlassen ist.

Es kann nicht angehen, auf der einen Seite vom Inventar zu abstrahiren, auf der andern aber die Angabe eines wesentlichen Bestandtheiles desselben aufzuerlegen. Diese halbe Maßregel ist nicht nur dem Sinne und Geiste des M. L. R. fremd, sondern auch den allgemeinen Vorschriften über Gesetzesanwendung und ähnlichen Bestimmungen in anderen Partikularrechten, z. B. dem bayerischen, nach welchem dem Vater die Auszeichnung des Muttergutes gleichfalls auf eine gewisse Zeit nachgesehen wird, zuwider, somit ist der erste Grund, keineswegs ausreichend, die zweitrichterliche Entscheidung zu rechtfertigen.

Ebensowenig läßt sich mit Erfolg der weitere Grund, daß die Grundsätze des M. L. R. durch das neue Hypothekengesetz aufgehoben, oder modificirt worden seien, rechtfertigen.

Wie § 1 des Einführungsgesetzes deutlich sagt, wollte eine Beschränkung der seitherigen Rechte der Eltern sowenig, als eine Erweiterung der Befugnisse der Kinder, überhaupt keine Veränderung im Familienrechte gemacht werden. Die Absicht besserer Vorsorge für Minderjährige blieb vielmehr überall bei der Voraussetzung stehen, daß sie sich mit den jeden Orts bestehenden Civilgesetzen vertrage.

Dieses würde aber der Fall nicht sein, wenn man den überlebenden Vater oder Mutter wegen Realisirung des den Kindern in § 12 nr. 7 eingeräumten Rechtstitels zut Erwerbung einer Specialhypothek für das Vater- oder Muttergut auf den Immobilien der Eltern, die Angabe des Eheeinbringens des verlebten Gatten auferlegen wollte, weil dieselbe, wie schon oben gezeigt worden, wenigstens theilweise mit der Inventur zusammenfiele, von welcher ihn doch die allegirten Stellen des Provinzialgesetzes loszählen, daher auch dieses Motiv den vorrichterlichen Ausspruch nicht aufrecht zu erhalten vermag.

Was endlich den dritten dafür aufgestellten Grund betrifft, daß der in § 12 nr. 7 des Hypothekengesetzes ausgesprochene Titel zur Erwerbung einer Specialhypothek für das Vater- oder Muttergut minderjähriger Kinder auf den Immobilien der Eltern an die Stelle der dem verstorbenen Ehetheil nach Tit. XXII. §§ 3. 5. 6 schon zugestandenen, somit auf dessen Kinder übergegangenen Legal-General-Hypothek für das Eingebrachte getreten sei (§ 307), so mag diese Behauptung zwar ebenfalls richtig sein, kann jedoch im vorliegenden Falle keinen Ausschlag geben, weil sie blos auf den zweiten Gegenstand der Klage „Sicherstellung des Einbringens" Bezug hat, die Realisirung dieses Antrags von der Angabe dessen, was ins Hypothekenbuch eingetragen werden soll, abhängig ist, mit der obengezeigten Unzulässigkeit dieses Mittels aber auch die Erreichung des dadurch beabsichtigten Zweckes hinwegfallen muß. (O. A. G. E. vom 6. Juli 1847 Nr. 6261.)

der in diesen Gesetzesstellen ausgesprochenen Befreiung des im Nutzgenusse des Vermögens der Kinder befindlichen Elterntheiles von der Cautionsleistung bestand ohne Zweifel gleichzeitig für die einfach verwaisten Kinder wegen ihres Mutter- oder Vatergutes nach Tit. XXII. § 6 gerade so wie im gemeinen Rechte eine stillschweigende Hypothek am gesammten Vermögen ihres überlebenden Elterntheiles, ja sie hatten sogar als Erben und Repräsentanten ihrer Mutter gemäß Tit. XXII. § 3 nr. 1 Abs. 2 wegen deren Heirathsgut eine in II. Klasse bevorzugte privilegirte Hypothek.

Es läßt sich daher schon aus diesem Nebeneinander-Bestehen verschiedener Rechtsmittel folgern, daß mit den in Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 9 des Statuts erwähnten Sicherheitsmaßregeln etwas Anderes gemeint sein müsse, als was jene privilegirte Generalhypothek wegen des Heirathsgutes, oder stillschweigende Hypothek wegen des Zubringens resp. des Vater- oder Muttergutes der Kinder diesen gewährten und gewähren wollten.

Unter Cautionen überhaupt verstand auch das gemeine Recht — die Grundlage des M. L. R. — vorzüglich Faustpfänder, Hinterlegung von Baarschaft, Bürgen, Beschlagnahme von Aktiven 2c. (Seufferts P. R. § 35) und Caution verhält sich sonach zur Hypothek wie das genus zur species.

Aus der Gleichstellung (Identificirung) beider Sicherungsmittel würde daher nach dem Grundsatze, daß wohl das Kleinere in dem Größeren, nicht aber das Letztere in dem Ersteren enthalten ist, dem M. L. R. eine unrichtige Begriffsbestimmung zur Last fallen, welche bei einem Gesetze nicht zu vermuthen ist.

Dieses Statut hat einen Unterschied beider Sicherheitsmittel überdieß auch schon dadurch angedeutet, daß es in Beziehung auf den Grund, die Form und die Zeit der Entstehung derselben ganz spezielle Unterscheidungsmerkmale ausgesprochen hat; denn die fragliche Caution ist nur bezüglich des Nutzgenusses für einen ganz singulären Fall (Verschwendung) gegeben, sie tritt blos auf Anzeige der Interessenten und nach richterlicher Untersuchung der Sache ein, während die stillschweigende Hypothek der Kinder die Regel bildet, von selbst entsteht, und zwar schon mit dem Tode des einen Ehegatten, indem hierin der Anfall und die Erwerbung des Vater- oder Muttergutes der Kinder liegt. War der verstorbene Gatte die Mutter, so empfangen die Kinder ohnehin kein neues Recht, weil auch der Mutter schon im Leben dieselben Ansprüche wegen ihres Heirathsgutes und Zubringens gebührt haben, es sei denn, daß sie nach Tit. IV. § 4 ganz oder theilweise darauf verzichtet hatte, und dann auch nicht mehr Rechte auf ihre Kinder vererben konnte, als sie selbst noch bei ihrem Tode besaß.

Endlich würde die Annahme, daß in Tit. VII. § 9 das M. L. R. nichts von den gesetzlichen Hypotheken Verschiedenes habe gewähren wollen, zu dem unstatthaften Ergebnisse führen, daß das M. L. R. entweder etwas rein Ueberflüssiges, oder Widersprechendes angeordnet habe, indem einerseits die stillschweigende Hypothek der Kinder bekanntlich eine generelle war, und daher eine erst später errichtete Caution durch Hypothek den Kindern nur eine neuere, folglich eher eine geringere als eine größere Sicherheit bieten konnte, als sie bereits hatten, anderseits

aber durch den Erlaß der Caution auch jene gesetzlichen Pfandrechte vernichtet worden wären.

Diese Betrachtungen leiten zu der Ueberzeugung, daß jene stillschweigenden oder privilegirten Generalhypotheken, jenachdem sie nur das Zubringen oder das Heirathsgut betrafen, ihren Ursprung einem ganz anderen Verhältnisse verdanken müssen, als blos dem einer Sicherheit der Kinder für den elterlichen Nutzgenuß.

Es ist bereits darauf hingewiesen, daß gemäß Tit. XXII. § 6 des M. L. R. das Institut der gesetzlichen Hypotheken genau aus dem gemeinen Rechte in dieses Statutarrecht übertragen wurde, und es ist bereits auch oben bei Anführung der gemeinrechtlichen Bestimmungen (l. 1. C. [6. 60] und l. 8. § 5 C. [5. 9]) dargethan, daß die gesetzliche Hypothek der Frau und resp. der Kinder nur den Zweck hatte, ihr Eigenthum an ihrem in der Verwaltung des Mannes resp. Vaters befindlichen Vermögen gegen Veräußerungen aller Art (also auch gegen Verpfändungen) zu schützen, indem mit Einräumung dieser Hypothek den Ehefrauen und resp. Kindern das Recht verliehen war, ihr Recht an der Sache (jus in re) durch Zurückforderung derselben von jedem Erwerber (durch Vindication) geltend zu machen.

Hiemit übereinstimmend haben auch andere Gesetze, z. B. die Frankf. Reform. [1]) ausgesprochen, daß des Vaters Güter als Unterpfand für das Vermögen seiner Kinder dienen, welche er in Nießbrauch und Verwaltung hat, »ad conservandas easdem maternas res« (l. 8 § 5 C. [5. 9]), und es folgt hieraus, daß jenes Pfandrecht eigentlich nicht mit dem Nießbrauch, sondern mit der Verwaltung des Vermögens der Kinder zusammenhängt, welche dem Vater auch zusteht, wenn er des Nießbrauches nach Tit. VII. § 7 verlustig wurde, oder wenn es Güter betraf, woran ihm z. B. durch Testament der Nießbrauch entzogen war.

Dieses Pfandrecht hängt daher mit dem aus besonderen Rechtsgründen stattfindenden Innehaben einer fremden Sache zusammen, welche deren Eigenthümer von jedem Dritteren zurückfordern kann.

Es kann wohl der Nießbrauch mit dieser Verwaltung verbunden sein, aber er muß nicht nothwendig damit verknüpft sein.

Für den Nießbrauch an und für sich und für die Ausübung aller mit dem Nießbrauch verbundenen Rechte am Vermögen der Kinder ist aber den Eltern die Caution, Inventur und Rechnungsstellung erlassen [2]), ein Vorzug, welcher anderen Nutznießern als den Eltern nicht gebührt, indem jene gemeinrechtlich angehalten werden können, zur Sicherheit des Eigenthümers über die Erfüllung der dem Nutznießer obliegenden Verbindlichkeiten bei Uebernahme des Nießbrauches Realcaution zu bestellen, daß er die Substanz der Sache, soweit es bei Ausübung seines Rechtes möglich ist, ungeschmälert erhalten, beim Gebrauche als guter Familien-

---

[1]) Die Frankf. Reform. sagt Thl. II. Tit. XIX. § 6: „Es haben auch die kaiserlichen Rechte etliche Pfandtschaften, so sie stillschweigende Pfandtschaften nennen, in etlichen gewissen und benannten Fällen verordnet &c. § 6. Item des Vaters Güter gegen seine Kinder von wegen deren Güter, so denselben zuständig, und er in seinem Nutzbrauch und Verwaltung hat."

[2]) M. L. R. Tit. VII. § 9 „der Vater oder Mutter, welche in deren Kinder Güter den Nießbrauch haben, sind keine Caution dafür zu stellen schuldig" &c.

Vater behandeln und seiner Zeit restituiren werde [1]). (l. 1 pr. l. 5 § 1. l. 7 pr. D. [7. 9].)

Allein auch diese Befreiung der Eltern von der Nutznießungs-Caution ist keine Singularität des M. L. R., sondern sie ist ebenfalls aus dem gemeinen Rechte (l. 9. § 2. D. [7. 9]. — l. 8. § 2 C. [6. 61]) herübergenommen, und es wurde noch nie einem Bedenken unterstellt, daß sich diese Bestimmungen des gemeinen Rechtes mit seinen Verfügungen wegen des Pfandrechtes nicht vereinigen ließen. Die Befreiung des Vaters von der Caution wegen des Nießbrauches mag allerdings ihren Grund darin haben, daß die Gesetze dem Vater vertrauen, er werde bei dem Genusse des Vermögens seiner Kinder von selbst seine Pflichten erfüllen, und er könne deßhalb auch von Errichtung eines Inventares und von der Rechnungsstellung verschont bleiben [2]), allein weiter wollten sie hierin sicherlich nicht gehen, indem sie wegen Erhaltung des Eigenthums der Kinder diesen das allgemeine gesetzliche Pfandrecht gewährten, in welcher Beziehung das M. L. R. noch einen Schritt weiter geht, indem es in Tit. VII. § 9 auch schon bei Gefahr des Verlustes der Vermögenssubstanz die Forderung einer Real-Caution zuläßt.

Eine mit dem Vindicationsrechte verbundene Hypothek zur Sicherstellung eines gesetzmäßigen Gebrauches der Sache durch den Nutznießer wäre auch ohne Sinn, weil dadurch die Güter nicht in fremde Hände gelangen, sohin auch nicht vindicirt zu werden brauchen; daher hat auch das M. L. R. consequent nur bei der Lehre vom elterlichen Nießbrauch von der Caution gesprochen, aber, indem es das Eigenthumsrecht der Kinder in den Händen der Eltern als gleichzeitiger Vermögensverwalter nicht unvorhergesehenen Schicksalen preisgeben wollte, ein stillschweigendes Pfandrecht eingeräumt, wie es auch der Ehefrau gebührt.

Die stillschweigende Hypothek hatte hiernach die Wirkung eines von selbst und ohne besondere Uebereinkunft (ipso jure) und gegen jeden Dritteren gültigen Eigenthumsvorbehaltes, sie war eigentlich kein Privilegium, da das Eigenthumsrecht keines Privilegiums bedarf. Rücksichtlich der Rechte des Heirathsgutes wenigstens heißt es in Nov. 91. cap. 1. »Hinc enim, et in rem, quae de proprietate est, competit pure, et unumquemque quod suum est, habere, nullo privilegio indigens». (Vergl. § 86.)

---

[1]) Die Caution des Nutznießers hat auch gemeinrechtlich einen doppelten Zweck, sie soll nämlich als Sicherheit dienen, sowohl für den gesetzmäßigen Gebrauch (Conservirung) der Sache einerseits, anderseits dafür, daß die Sache wieder nach beendigtem Nießbrauch werde zurückgegeben werden (Restitution). Den ersteren Theil der Caution hat das Gesetz im Vertrauen auf die Liebe der Eltern zu den Kindern erlassen, den anderen Theil der Caution konnte es aber ganz unberücksichtigt lassen, soweit er den Verkauf oder die Verpfändung von Liegenschaften betrifft, weil Beides durch die den Kindern gewährte gesetzliche Hypothek unmöglich war. Gegen Verschwendung der Nießbrauchs-Mobilien, oder Verschlechterung der Liegenschaften wurde dagegen in Tit. VII. § 9 des M. L. R. Vorsorge getroffen.

[2]) Die den Kindern gewährten Hypotheken sollen den Kindern keine Veranlassung und Befugniß geben, den Vater oder die Mutter wegen des Nießbrauches (uti fruique his rebus l. 6. § 2 C. [6. 61]) zur Rechenschaft zu ziehen, weil es bekannten Rechtens ist, daß die Hypothek den Kindern unverletzt verbleibt, wenn auch die Güter, auf welchen die Hypothek ruht, von den Eltern veräußert worden sind. (Glück, Comm. Bd. 19 S. 133.)

Gemeinrechtlich wirkte das stillschweigende Pfand der Kinder nur gegen den Vater, weil nur dieser der Verwalter des Vermögens der Kinder sein konnte; nachdem aber gemäß Tit. V. § 1 und Tit. VI. § 3 des M. L. R. auch die Mutter gleich dem Vater Vormünderin und Vermögens-Verwalterin, und nach Tit. VII. § 2—4 auch Nutznießerin des Vermögens der Kinder ist, so ist sie auch in Bezug auf die Verpflichtungen gegen die Kinder dem Vater gleichgestellt, bis sie sich durch Herausgabe des Vermögens nach vorgängiger Theilung davon befreit.

Nimmt man nun an, daß die Kinder durch den Tod des einen Elterntheiles Erben und Eigenthümer seines ganzen Nachlasses werden, also Rechtsnachfolger im Zubringen und Errungenschaftsantheil (Tit. III. § 1 des M. L. R.), während dem überlebenden Gatten nur der Nutzgenuß am Ganzen zusteht, daß sohin das Dispositionsrecht über die Substanz während dieses Nießbrauches ruht [1]), nämlich das Dispositionsrecht der Kinder wegen des Nießbrauches des überlebenden Elterntheiles, und das Verfügungsrecht des letzteren wegen der Eigenthumsrechte der Kinder, so ergibt sich von selbst, daß der überlebende Gatte über diese Güter nicht verfügen, sie also weder verkaufen, noch vertauschen oder verpfänden darf. Wollte er dieses dennoch thun, so würde er über eine fremde Sache verfügen, die Verfügung wäre daher an sich schon wirkungslos, und könnte von den Kindern als Eigenthümern widerrufen werden.

Nach dem Hypothekensysteme des gemeinen Rechtes nahm man daher an, der Eintrag dieser Pfandrechte sei unnütz, um die Publicität der gesetzlichen Hypotheken zu begründen, da die Ehe, die Vormundschaft oder das Amt, welches Jemand bekleidet, offenkundig, und dadurch schon diese Publicität vorhanden sei; die Specialität solcher Hypotheken aber sei unmöglich, weil es sich um Ansprüche handle, die noch nicht bestimmt seien, oder erst aus späteren Ereignissen entspringen könnten. Da überdieß jede gesetzliche Hypothek durch die blose Kraft des Gesetzes eintritt, so könne sie, wenn sie nicht aufhören solle, gesetzlich zu sein, nicht mehr einer äußeren Formalität des Eintrages in ein öffentliches Buch unterworfen werden. Letzteres sei das Merkmal einer vertragsmäßigen Hypothek, einer zufälligen Thatsache, welche ein Dritterer nicht vermuthen könne, und daher durch eine besondere Handlung (der Publicität) in Kenntniß gesetzt werden müsse. Die gesetzliche Hypothek sei allgemeines Recht, sie sei nicht blos zu Gunsten der Person, sondern des allgemeinen Besten wegen eingeführt, indem dem Staate daran liege, daß das Heirathsgut und Zubringen der Frau und das Vermögen der Minderjährigen &c. erhalten werde, um so mehr, als diese Personen sich nicht selbst vertheidigen können, und es das Gesetz daher über sich nehmen müsse, für ihre Interessen zu wachen. Das Hypothekengesetz hat zwar diese dem gemeinen Rechte zu Grunde liegenden Erwägungen nicht für zureichend erachtet, sondern das System der Specialität und Publicität auch auf die gesetzlichen Hypotheken ausgedehnt, gleichwohl aber die Sorge für die Frauen und Minderjährigen für nöthig erachtet, und in § 104 befohlen, daß die Frauen bei Errichtung von Eheverträgen auf ihren gesetzlichen Hypothekentitel von den treffenden Behörden aufmerksam gemacht, und die Vor-

---

[1]) Vergl. die Entscheidungsgründe des angeführten O. A. G. E. vom 6. Juli 1847 Nr. 6261. (S. 399. 400.)

münder bei eigener Haftung verbunden seien, die Rechte der Minderjährigen, seien es Frauen oder Kinder durch Erwirkung des Eintrages zu wahren.

Schon die kurmainzer Hypothekenverordnung von 1785 (vid. Beil. zu Tit. XIX.) hatte in § 11 verordnet, daß keine Güter weiter verpfändet werden sollen, auf welchen bereits ein stillschweigendes Pfandrecht haftet, und daß wenigstens der neue Erwerber von den auf der Sache haftenden Forderungen in Kenntniß gesetzt, und es diesem dann überlassen werden solle, zu erwägen, ob er unter den bestehenden Verhältnissen sich für den gegebenen Credit mit dem angebotenen Unterpfande hinreichend gesichert erachte. Diese Kenntnißgabe sollte also die Publicität auch für stillschweigende Hypotheken ersetzen, während nach dem Hypothekengesetz von 1822 § 25 nur der förmliche Eintrag den Charakter der Publicität verleiht.

Vermöge jener Bestimmung der kurmainzer Verordnung von 1785 § 11 (§ 307) war indeß dem überlebenden Gatten auch die Verfügung über seine eigenen Güter unmöglich gemacht [1]), so lange er nicht gemäß § 12 jener Verordnung das Vermögen seiner Kinder durch ein errichtetes Inventar förmlich ausgeschieden hatte. Erst durch diese Trennung des vorher mit dem Vermögen der Eltern vermischten Mutter- oder Vatergutes der Kinder wurde es möglich, zu beurtheilen, inwieweit das Vermögen der Eltern zur Deckung des Kindergutes nicht mehr verhaftet war, wieweit es sofort als Unterpfand für ein neu aufzunehmendes Darlehen dienen könne.

In Rücksicht auf unsere Frage ist es daher nöthig, nachzuweisen, in welcher Weise dieser vom gemeinen und vom M. L. R. verfolgte Zweck mit Hülfe des Hypothekengesetzes von 1822 erreicht werden könne, ohne die Bestimmungen des M. L. R. Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 9 zu verletzen.

Es wurde bereits (§ 68. 69) auseinandergesetzt, daß sich das ehliche Zubringen der Gatten, obgleich dasselbe rechtlich als Sondereigenthum jedes Ehetheiles erscheint, doch faktisch nur durch eine förmliche Abtheilung wieder trennen läßt, und daß bis dahin zwischen den Gatten ein Miteigenthum, nicht allein des Gebrauches wegen (condominium quoad usum), sondern auch um deßwillen fortbesteht, weil die (zwar ideell bekannten) Antheile daran ohne Abgleichung der darauf ruhenden Lasten und des Zuwachses ohne Theilung nicht gefunden werden können, m. a. W., weil von den dreierlei Ehegütern, männliches und

---

1) Ueber die Pflicht des Vaters, für das Vermögen der Kinder Sicherheit zu leisten, findet sich bei Bodmann (reinh. Alterthümer Bd. II. S. 674) eine interessante Entscheidung aus dem Mittelalter:

„Jakob Heglig von Ibingen ist hier gewest mit Kuntschaft des Gerichts und hat gefreget umb Landrecht by Teilung der Gemeinschaffte zuschen Eeluden ader iren Erben, so als derselben Eeluden eines Doits verfaren ist. Dez hait man dasz gericht gewyst: der Vader sal den Kindern Sicherheit dun von alre irme gude, als ir Muder doit is, und weres daz sie zwene eliche lude weren und Kinde gemachet und der eine storbe, der ander der im lyfe bleybe sal sich genegen des Erbes halp und der farn habe halp und daz ander halp sullen nemen die Kint.

Wer es daz der Kinte nit en ist, des driten Erbnemen sullen sich genechen zu deme, daz die Kint gehabt sullen han; ane Len, Zenten und Hoffsteden dar ubir sal man alleyn wysen mit rechter orkunde."

weibliches Einbringen und Errungenschaft jedes dem andern ersatzpflichtig ist (M. L. R. Tit. III. § 3), so daß es eigentlich das Gemeinschaftsgut ist, welches das beiderseitige Zubringen der Gatten zu einem Ganzen vereinigt.

Nur der Gebrauch resp. Nutzgenuß an dem ganzen Nachlasse des einen Gatten fällt nun allerdings nach dessen Tod dem überlebenden Gatten anheim, weil sich eine Fortsetzung der Errungenschaftsgemeinschaft mit den Kindern nach M. L. R. nicht denken läßt (vergl. § 92), allein demungeachtet bleiben Einbringen beider Gatten nebst ihren Errungenschaftsantheilen in einer Masse solange verbunden, bis durch die Abtheilung festgestellt wird, was erworben, oder von dem beiderseitigen Einbringen verrungen wurde. Dieser unbekannte Erbtheil der Kinder ruht bis zur Auslieferung auf dem ganzen Ehevermögen gleichsam wie ein Fideicommiß, wofür den Fideicommissarien gemeinrechtlich ein stillschweigendes Pfandrecht nach l. 1 § 1 C. (6. 43) verliehen war, welches sich durch das bayer. Hypothekengesetz § 136 nr. 4 in einen Eintrag in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches verwandelt hat.

Könnte man freilich annehmen, daß die Kinder mit dem Tode des einen Gatten nur Erben des Zubringens desselben würden, daß die Errungenschaft das Eheeinbringen gar nicht afficire, daß es sich sohin um eine Sicherstellung des Errungenschaftsantheiles der Kinder gar nicht handele (was aber den Bestimmungen in Tit. III. § 1 Tit. XIV. § 1 direkt widersprechen würde), so würde allerdings das Verbindungsglied fehlen, welches das gesammte Vermögen bis zur Abtheilung in ein äußerlich Ganzes verschmelzt; den Kindern wäre daher ihr Erbtheil nach dem Einbringen von selbst ausgeschieden, man könnte dann auch schon vor der förmlichen Theilung von der Größe eines Vater- und Muttergutes der Kinder sprechen, die Kinder wären folglich nicht berechtigt, als Miteigenthümer der ganzen Masse des Ehevermögens nach ideellen Antheilen betrachtet zu werden. Für ein solches ausgewiesenes Separatvermögen würde dann nicht der Eintrag in zweiter Rubrik passen, sondern allein die Bestimmung des § 12 nr. 7 des Hypothekengesetzes zur Anwendung zu kommen haben, wo ein Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek den Kindern wegen desjenigen bewilligt ist, was sie als Vater- oder Muttergut zu fordern haben. (Lehner, Hypothekenrecht Bd. I. § 54 nr. 2 a.)

Im ersteren Falle aber, und solange die Kinder Miteigenthümer eines unvertheilten Ganzen nach ideellen Antheilen bleiben, können sie keine Hypothek erwerben, weil dieses eine Hypothek an ihrer eigenen Sache wäre; vollkommen gesichert sind sie aber soweit dieses überhaupt nur beim Vorhandensein von Liegenschaften möglich ist, wenn ihr Miteigenthum gemäß § 22 nr. 2 § 136. 138. 140. 141 in zweiter Rubrik des Hypothekenbuches eingeschrieben ist [1]).

---

[1]) Das H. G. hat zwar in § 136 die nach M. L. R. obwaltenden Rechtsverhältnisse nicht ausdrücklich aufgenommen, sondern in nr. 1 nur auf die besonderen Gesetze und Gewohnheiten verwiesen. Dieses geschah nach Gönners Comm. Bd. II. S. 220 aus der Besorgniß den besonderen Gesetzen und Gewohnheiten zu nahe zu treten. Nachdem aber nach Tit. XIX. § 4 des M. L. R. die Ehefrau bei Verfertigung jeder Hypothek bei Gericht vernommen werden, und zu deren Gültigkeit auf ihre Rechtswohlthaten verzichten soll, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß auch ihren Erben gleiches Recht gebührt, solange nicht abgetheilt ist, und gerade dieses Recht erfordert einen Eintrag in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches. (Vergl. § 307 nr. 16.)

Bei der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches ist hiedurch dasselbe erreicht, was nach § 11 der Verordnung von 1785 durch Kenntnißgabe der auf den Objekten haftenden Belastungen an den neuen Erwerber bewirkt werden sollte, nämlich Schutz des berechtigten Miteigenthümers gegen Verkauf oder Verpfändung der Objekte ohne sein Vorwissen, und Warnung des neuen Erwerbers gegen eine von ihm mitzuübernehmende Last, von welcher er außerdem keine Kenntniß erhalten würde.

Gegen diese Beschränkung durch einen Eintrag der Mitberechtigung in zweiter Rubrik des Hypothekenbuches kann sich der überlebende Gatte nicht beklagen, denn es wurde ihm damit keine neue Last auferlegt, welche nicht schon durch die Natur des zwischen ihm und seinen Kindern bestehenden Rechtsverhältnisses von selbst begründet ist, und welche er nicht schon vermöge des gesetzlichen stillschweigenden Pfandes insbesondere gemäß § 11 der mehrerwähnten Verordnung von 1785 gehabt hätte, denn auch hiernach, insbesondere nach § 12 dieser Verordnung konnte er von seinem eigenen Vermögen nur jenen Theil veräußern oder verpfänden, welcher ihm gemäß des zu errichtenden Inventars nach Deckung des Vater- oder Muttergutes seiner Kinder noch übrig blieb.

Der überlebende Elterntheil kann sich jedoch dieser Beschränkung entziehen, wenn er diese Ausscheidung freiwillig vornimmt, wozu er jederzeit berechtigt ist, aber vor seiner Wiederverehlichung nach Tit. VI. § 1 des M. L. R. nicht gezwungen werden kann.

Daß die Kinder nun wegen ihres ausgeschiedenen Vermögens nach § 12 des Hypothekengesetzes [1]) einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer förmlichen Hypothek durch Eintragung in das Hypothekenbuch auf das Grundvermögen ihres überlebenden Vaters haben, und daß dieser Rechtstitel sogar vermöge § 104 nr. 4 bei eigener Haftbarkeit des Vormundes geltend gemacht werden muß, darüber kann bei der Klarheit der gesetzlichen Bestimmungen [2]) auch nicht der leiseste Zweifel bestehen. Ebensowenig ist es zweifelhaft, daß die Eltern diesen Eintrag nicht hindern können, und es kann daher auch deßfalls von einem Rechtsstreite zwischen Eltern und Kindern, oder deren Vormundschaft, welcher nur ungerechtfertigte Kosten veranlassen würde, nicht leicht die Rede sein.

Aber auch damit hat das Hypothekengesetz den Eltern keine, nicht schon unter der Herrschaft des M. L. R. bestandene Last aufgebürdet,

---

[1]) § 12 des Hypothekengesetzes lautet: Zur Erwerbung einer Hypotheke sind Kraft des Gesetzes selbst, und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners nothwendig wäre, folgende Gläubiger berechtigt:

rc. rc.

7) Kinder, wegen desjenigen, was sie als Vater- oder Muttergut oder sonst erworbenes Vermögen, oder als Voraus bei Einkindschaftungen zu fordern haben, auf den Immobilien ihrer Eltern.

[2]) § 104 nr. 4 des Hypothekengesetzes sagt: „Die Eintragung der den Minder„jährigen rc. rc. hinsichtlich des Vater- oder Muttergutes und sonst erworbenen Ver„mögens auf den Immobilien der Eltern zustehenden Hypothek kann nicht nur von „den Minderjährigen, dem Vormunde selbst, dem Nebenvormund, und der vormund„schaftlichen Behörde, auch von jedem Verwandten, sondern selbst von jedem Dritten ver„langt werden. Ist aus der Unterlassung ein Schaden für den Minderjährigen „entstanden, so kann die Entschädigung von dem Nebenvormund und der vormund„schaftlichen Behörde gefordert werden."

denn zufolge § 12 der Verordnung von 1785 verblieb auch nach Errichtung des Inventares gerade jener Theil des Vermögens der überlebenden Eltern unveräußerlich und unverpfändbar, welcher zur Deckung des durch das Inventar gefundenen Vermögens ihrer Kinder nöthig war. Auch dieses stillschweigende Pfandrecht war der Publicität insoferne unterworfen, als der Pfandnexus nach § 11 jedem neuen Erwerber der Sache oder einer Hypothek kundgegeben werden mußte. Insoferne jetzt mit dem Eintrag der Ansprüche der Kinder im Hypothekenbuche eine Beschränkung des Credites verbunden ist, war dieses auch schon vorher durch jenes Verfahren der Fall. Selbst die Specialität des Pfandes war durch jene Verordnung gewissermaßen hergestellt, weil nur der zur Deckung des Vermögens der Kinder nicht erforderliche Theil des Vermögens nach errichtetem Inventar vom Pfandnexus freiblieb, und daher ausgeschieden und bezeichnet werden mußte.

Ja selbst ein Eintrag dieser gewissermaßen specialisirten Hypothek in das öffentliche Buch war nach der Verordnung möglich, weil gemäß § 12 die gerichtlichen Hypotheken allemal ohne Ausnahme in die zweite, die stillschweigenden Hypotheken aber in die dritte Klasse gesetzt wurden, durch gerichtliche Errichtung und Bestätigung der stillschweigenden Hypotheken diesen aber ein weiterer Vorzug in zweiter Klasse gesichert werden konnte. (M. L. R. Tit. XXII. § 3 nr. 6, § 5 Abs. 1. 2.)

Das Pfandrecht als Sicherheit wegen des in der Verwaltung des Vaters befindlichen Vermögens rücksichtlich des daran den Kindern zustehenden Eigenthumes war daher den letzteren schon nach M. L. R. nicht entzogen; dadurch, daß das neue Hypothekengesetz dieses Recht in sich aufnahm, hat es daher weder etwas Neues den Kindern verliehen, noch die den Eltern wegen des Nutzgenusses vermöge Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 9 gewährte Kautionsfreiheit in irgend einer Weise beschränkt. Allein nach den vorstehenden Ausführungen dürfte das Generale des k. Appellationsgerichtes von 1841 einerseits zu enge gefaßt sein, weil es nur dem Zubringen des verstorbenen Gatten, nicht auch dessen Errungenschaftsantheil die gesetzlich zulässige Sicherheit zugewendet wissen will, anderseits aber dürfte diese sicherlich aus der wohlmeinendsten Fürsorge entsprungene Anordnung jedoch auch zu weit gehen, indem sie Sicherheit durch Hypothekbestellung verfügt, bevor noch durch Errichtung eines Inventars einerseits die Größe des Vermögens ermittelt, anderseits die Ausscheidung des Kindervermögens aus dem Mitbesitz des überlebenden Vaters geschehen ist, in welchem Falle das Hypothekengesetz nur den Eintrag in II. Rubrik gestattet.

In diesen Anordnungen des Generales vom 17. Juli 1841 liegt daher einerseits die Gefahr für die Kinder, daß sie der Sicherheit für ihr errungenschaftliches Vermögen (welches sogar der größte Theil oder ihr ganzes Vermögen sein kann) vollständig entbehren, anderseits aber die Gefahr für die Gläubiger des überlebenden Gatten sowohl, als für die Gläubiger der Errungenschaftsgemeinschaft selbst, daß den Kindern Hypothekrechte für ein Vermögen eingeräumt werden, welches beim Tode des zuerst verstorbenen Elterntheiles entweder gar nicht mehr oder nur noch zu einem geringeren Theile rechtlich existirte.

In Rücksicht auf die im Concurse mit den Kindern concurrirenden Gläubiger gilt nun allerdings nach § 2 des Hypothekengesetzes der Grundsatz, daß die Wirkungen der Hypothek von der Richtigkeit der Forderung

selbst in der Weise abhängt, daß die Hypothek nicht als etwas für sich allein Bestehendes, oder als die Hauptverbindlichkeit angesehen werden kann, daß sofort die Gläubiger die Richtigstellung der Forderungen der Kinder (oder der Ehefrauen) verlangen können, allein immerhin müssen sie dabei eine Parteirolle übernehmen, und etwa Beweise liefern, wozu sie eigentlich nicht verbunden wären. Ueberdieß beschwert der Hypothek-Eintrag eines größeren Vermögens, als den Kindern wirklich gebührt, den überlebenden Elterntheil auf eine unzulässige Weise, weil immerhin, solange eine gehörige Ausscheidung des Kindervermögens nicht erfolgt ist, eine bestimmte Summe nicht vorliegt, und daher von einem Eintrag in das Hypothekenbuch nach § 11 Abs. 2 des Gesetzes keine Rede sein kann, da nur der Eintrag einer der Summe nach bestimmten Forderung und auf bestimmte Immobilien zulässig ist.

Aus allen diesen Gründen kann es sich kaum mehr um die Frage handeln, ob die vom Hypothekengesetz zur Sicherheit der Kinder getroffenen Maßregeln mit Rücksicht auf das M. L. R. anwendbar seien, sondern lediglich darum, in welcher Weise bei dieser Sicherstellung vorzugehen sei.

Das Verfahren, welches bei dieser Sicherstellung einzutreten hat, ist nicht blos durch § 110—112 des Hypothekengesetzes selbst, sondern auch durch die Instruktion zum Hypothekengesetz § 4 und 61, sowie durch das Einführungsgesetz § 9 vorgezeichnet.

Weigert der überlebende Elterntheil die Feststellung des Vermögens der Kinder, wozu er nach Tit. VI. § 1. 5 des M. L. R. berechtigt ist, so muß er sich gefallen lassen, daß die Kinder als Miteigenthümer in der II. Rubrik des Hypothekenbuches eingetragen werden, wie dieses gemäß der erwähnten Instruktion § 20 nr. 3 lit. b zu geschehen hat, weil nach dem M. L. R. Tit. XIX. § 4, Tit. XXII. § 4. 5 und Verordnung von 1785 nr. 11 unbewegliche Güter ohne Einwilligung der Ehefrauen oder deren Erben nicht gültig veräußert oder verhypothecirt werden können.

Auf Grund des den Kindern gesetzlich nach M. L. R. zustehenden Pfandrechtes wurden auch die Hypothekenämter bereits durch A. G. E. vom 21. Mai 1824 Nr. 342, 29. Mai 1824 Nr. 374, vom 8. Juni 1824 Nr. 375, und 8. November 1839 Nr. 5830, zur Sorge für die Sicherung des Vermögens der Kinder angewiesen.

Die Sicherung des Vater- oder Muttergutes kann natürlich nur auf dem Vermögen des überlebenden Vaters oder der überlebenden Mutter geschehen, und letzteres kann auch nur mit dieser Belastung in die zweite Ehe übergehen. Eine Versicherung auf dem Vermögen der Stiefeltern ist daher schon aus diesem Grunde nicht denkbar, indeß auch nach § 12 nr. 7 des Hypothekengesetzes nicht berechtigt.

Sollten jedoch in zweiter Ehe mit dem Vermögen der Vorkinder Güter angekauft werden, so mag allerdings deren dereinstiger Mehrwerth eine Errungenschaft der zweiten Ehe werden, an dem zum Ankaufe verwendeten kann aber die II. Ehe nie ein Recht haben, wenn es aus I. Ehe entnommen ist, weil es nach der bekannten Rechtsregel „die zweite Ehe hat die erste auszuliefern“ (§ 104), dahin zurückersetzt werden muß. Solche Güter II. Ehe dienen daher auch ohne Zweifel als Caution für das darauf verwendete Vermögen der Vorkinder.

Wenn es an liegenschaftlichem Vermögen, welches zur Sicherheit des Vermögens der Kinder verpfändet werden könnte, mangelt, oder wenn

ein gesetzlich taugliches Surrogat dafür, z. B. Hinterlegung von Obligationen, Hypotheken 2c. nicht aufgebracht werden kann, so ist die Thätigkeit des Hypothekenamtes nothwendig ruhend, sie kann aber bei entstehendem Objekte wieder erwachen. (A. G. E. vom 8. Juni 1824, Nr. 375.)

Bei Allem diesem handelt es sich nun allerdings nur um den Fall, wenn und soweit das Vermögen der Kinder und resp. Eltern in Liegenschaften besteht, bezüglich welcher im Hypothekenbuche unter der II. Rubrik ein Eintrag möglich ist. Das Hypothekengesetz von 1822 hat daher auch für den anderen Fall, daß das Vermögen der Kinder und Eltern theilweise oder ganz aus Mobilien und Kapitalien besteht, entgegen dem Hypothekensystem des M. L. R. eine Lücke gelassen, da nach letzteren Hypotheken nicht allein das unbewegliche, sondern auch das bewegliche Vermögen zum Gegenstande hatten, während nach dem bayerischen Hypothekengesetze § 3 nur auf unbeweglichen Sachen, und auf gleichgeachteten fruchtbringenden Rechten Hypotheken bestellt werden können, so daß also die in Mobilien bestehende Vermögenssubstanz der Kinder schutzlos den Eltern preisgegeben werden müßte, wenn letztere keine derartige Hypothekenobjekte besitzen. Glücklicherweise gewährt aber auch hier neben der unpraktisch gewordenen Generalhypothek das M. L. R. in Tit. VII. § 9 noch ein Auskunftsmittel, indem bei vorhandener Verlust-Gefahr der Vermögenssubstanz die Eltern zur Leistung einer Real-Caution angehalten werden können; und außerdem gebührt dem durch Hypothek nicht gedeckten Vermögen der Kinder nach § 23 der P. O. ein Vorzug in IV. Klasse, welchem, weil keine Realitäten vorhanden sind, auch keine Hypotheken vorgehen.

In Fällen, in welchen eine Cautionsleistung des überlebenden Gatten nach Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 9 des M. L. R. in Frage kommen kann, bedarf es zur Erörterung der Cautionsfrage keiner förmlichen Klagestellung Seitens der Kinder, eine motivirte Anzeige genügt zur Hervorrufung einer Einschreitung der Curatelbehörde. Durch dieses Verfahren wird indeß die Frage, ob der Nutznießer zu den, zur Begründung einer Verschwendung 2c. geltend gemachten Eingriffen berechtigt war, nicht entschieden, es soll dadurch bloß der künftige Anspruch der Kinder an ihr Eigenthum sicher gestellt werden. Was davon bereits ausgeliefert ist, ist von dem Vermögen rücksichtlich der Versicherung abzurechnen, selbst wenn die Auslieferung oder Aufrechnung erst nach dem Tode des Nutznießers zu geschehen gehabt hätte, weil ein künftiger Anspruch dann nicht mehr besteht. (A. G. E. vom 15. April 1836, Nr. 1324.)

Die Sicherheitsleistung hat sich darauf zu erstrecken, daß der Nutzgenuß regelrecht und mit der gehörigen Sorgfalt vollzogen wird; sie haftet daher für die Entschädigung, welche im entgegengesetzten Falle der Eigenthümer zu fordern berechtigt ist. Bei Liegenschaften wird sich die Größe der Caution nach der Möglichkeit der Verschlechterung richten, bei Mobilien nach dem ganzen Werthe des Objektes, seien es Fahrnisse oder Kapitalien, da die ersteren zerstört, die letzteren eingezogen werden können. Ist in irgend einem Falle die Pflicht der Cautionsleistung festgestellt, so folgt daraus auch die Verbindlichkeit des Nutznießers dem Erben gegenüber zur Leistung des Manifestationseides, als Mittel zum Zweck der Richtigstellung des Inventars. (M. L. R. Tit. XVI. § 8 — § 295.)

Die l. 22 § 10 C. (6. 30) berechtigt zwar nur die Gläubiger, Legatare und Fideicommissare von dem Erben die Leistung des

Manifestations-Eides zu verlangen, diese Bestimmung ist aber nach der Rechtsregel »ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis« auch auf das umgekehrte Verhältniß des Erben zum Nutznießer als Fideikommissar anzuwenden, weil in beiden Fällen der gleiche Zweck besteht, nämlich die Sicherung gegen Nachtheil des einen oder anderen Theiles. (O. A. G. E. vom 16. Juli 1859, Nr. 9 58/59.)

Mit der Frage über die Sicherheitsleistung des überlebenden Gatten für den Nutzgenuß am Vermögen der Kinder, — Tit. VII. § 9 des M. L. R.: „Der Vater oder Mutter, welche in deren (d. h. ihren leiblichen) Kindern Gütern den Nießbrauch haben, sind keine Caution dafür (d. h. für den Nießbrauch) zu stellen schuldig" — ist aber jene Frage nicht zu verwechseln, ob die Kinder berechtigt sind, die ihnen erbrechtlich von einem Elterntheile zugefallenen Liegenschaften auf ihren Namen im Hypothekenbuche 2c. überschreiben zu lassen. Diese letztere Frage muß bejaht werden, weil die Kinder hiemit nur ihre Eigenthumsrechte geltend machen, ohne den überlebenden Elterntheil in seinem Nutzgenusse zu beschränken.

§ 176.

2) Während des Nutzgenusses

bestehen für den Berechtigten folgende Verpflichtungen:

A. Bezüglich der Schulden.

Die Zahlung der Schulden fällt dem Erben zur Last, welcher den Verstorbenen repräsentirt, und welchem die Güter gehören, auf denen die Schulden haften. (l. 1 C. [6. 60], l. 8 § 4 C. [6. 61] — M. L. R. VIII. § 13.)

Der Nutznießer ist nur ein Singular-Successor, denn er ist nur zu den Früchten berechtigt, welche für die Zahlung der jährlichen Lasten oder Zinsen haften.

Mit dem Anfall des Nutzgenusses ist also für den überlebenden Gatten eine Gefahr für sein eigenes Vermögen nicht verbunden, er bedarf daher zur Erwerbung des Beisitzes auch keiner Erbschaftsantretung. (Heusers Annalen IV. S. 17.)

Will indeß der Nießbraucher, um die Güter seines Nutzgenusses ganz zu erhalten, die Schulden zahlen, so wird ihm beim Ende des Nießbrauches sein Kapital, jedoch bis dahin ohne Zinsen, zurückgegeben, denn er konnte nur auf den Genuß desjenigen Anspruch machen, was nach Zahlung der Schulden übrig bleibt. (l. 43 D. [33. 2].)

Schießt der Eigenthümer das Geld dazu vor, so muß der Nutznießer aus demselben Grund ihm die Zinsen davon entrichten. Will oder kann keiner von beiden die Schulden zahlen, so muß vom Vermögen selbst so viel verkauft werden, als zur Tilgung der Schulden nöthig ist. (l. 15 C. [8. 54].) Der Eigenthümer verliert dann das Objekt, und der Nutznießer die Rente daraus.

Prozeßkosten, welche das Eigenthum des Nießbrauchs-Objektes zum Gegenstande haben, fallen dem Nutznießer nicht zur Last, z. B. wenn ein Dritter die Grundstücke vindicirt, welche dem Nießbrauch

unterworfen sind. Verlangt aber dieser Dritte zugleich die Zurückerstattung der Früchte, wenigstens vom Tage der Klagstellung an, so muß der Nutznießer auch pro rata zu den Prozeßkosten beitragen, weil er dann als Mitbeklagter erscheint.

§ 177.

B. Bezüglich der Erhaltung der Nießbrauchs-Objekte.

a) Nach Tit. VII. § 1 erhält der Wittwer oder die Wittwe einen gewissen Theil der ausstehenden Früchte, und es entsteht die Frage, ob der Bezugsberechtigte wegen der auf diese Früchte verwendeten Baukosten einen Ersatz in die Errungenschaftsgemeinschaft zu leisten schuldig sei. Nachdem ein solcher Ersatz in dem Gesetze nicht auferlegt ist, ist diese Frage zu verneinen. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

Fallen jedoch nach Auflösung der zweiten Ehe die ausstehenden Früchte als Zugehörung der Güter an die Vorkinder, so haben diese für die darauf verwendeten Auslagen nach Schwert- und Rockentheil Ersatz an den Stiefvater zu leisten, indem es sich hier nicht um ein aus dem Nutzgenuß fließendes Recht, sondern um Ersatz dessen handelt, was den Vorkindern mit den Gütern als eine Bereicherung durch die ausstehenden Früchte zukommt. (Verordnung vom 6. August 1799, Abs. 6. — Erk. des Rev.-G., J. S. Böhm gegen Böhm vom 30. März 1784. — Erk. des Rev.-G., J. S. Weier gegen Müller vom 21. Dezember 1787.)

b) Der Nutznießer ist schuldig, die der Nutznießung unterworfenen Gegenstände in gutem Stand zu erhalten, und sie so zu gebrauchen, wie ein guter Hausvater. (M. L. R. Tit. VII. § 9.) Hiefür sind die Eltern keine Caution schuldig. (§ 175 a.)

Diese Lasten sind nach einer vernünftigen Verwaltung aus den Früchten des Gutes zu bestreiten. Uebersteigen diese Lasten die Renten des Nutzgenusses, so ist es klar, daß sich der Nutznießer für die Zukunft von dem Unterhaltungsaufwand dadurch frei machen kann, wenn er auf den Nutzgenuß verzichtet, was das M. L. R. Tit. VII. § 6 insbesondere den Stiefeltern gestattet, wenn sie die Vorkinder um den Genuß ihres Vermögens nicht erziehen und ernähren wollen.

Durch diesen Verzicht wird jedoch der Nutznießer nicht von den Verbindlichkeiten frei, welche während seines Nutzgenusses entstanden sind, selbst nicht durch Rückgabe der bezogenen Früchte, denn die Verbindlichkeit entsteht durch die Thatsache des Genusses.

Zu der Pflicht der Unterhaltung gehört auch die Wahrung der Rechte des Eigenthümers, welchen er von jedem Eingriffe Dritterer in die Eigenthumsrechte in Kenntniß setzen muß, z. B. wegen Servituten-Erwerbung.

Der Nießbrauch einer Heerde berechtigt zum Eigenthumserwerbe des jungen Viehes, allein aus letzterem ist der Abgang des älteren Viehes zu ersetzen. (l. 68 D. [7. 1].)

Die gewöhnlichen Ausbesserungen, die Unterhaltung in Dach und Fach liegen dem Nutznießer ob. Was durch Alter einstürzt, braucht weder dieser, noch der Eigenthümer herzustellen. (l. 7 § 2 D. [7. 1].)

c) Hauptausbesserungen hat der Eigenthümer machen zu lassen, wenn er es für gut findet; wenn er sie aber macht, muß der Nutznießer die Zinsen der ausgelegten Summen tragen, weil ihm als Aequivalent der Nutzen der Verbesserungen zukommt.

Hat der Nutznießer ohne Auftrag des Eigenthümers auf seine Kosten die Hauptbesserungen machen lassen, so fragt es sich um die Wahrscheinlichkeit, ob der Eigenthümer sie hätte machen lassen, oder ob es in dessen Interesse lag, sie machen zu lassen. Im letzten Falle liegt dem Eigenthümer gegenüber darin eine nützliche Geschäftsführung, und er muß dem Nutznießer seinen Aufwand ersetzen, aber erst am Ende der Nutznießung und zwar soweit, als er dadurch bereichert ist, und damit die Zinsen auf Rechnung des Nutznießers bleiben [1]). (M. L. R. Tit. VII. § 5.)

Das M. L. R. hat diese Sätze hauptsächlich in Tit. VII. § 5 auf die Stiefeltern angewendet, welche zu Lebenszeiten eines rechten Elterntheiles, und durch diesen den Nutzgenuß an dem Vermögen der Vorkinder mithaben, und diesen jede eigenmächtige Veränderung an der Wesenheit des Vermögens untersagt, um ihnen den Vorwand zu benehmen, durch Aufrechnung unnöthiger Baukosten und sogenannter Verbesserungen der Vorkinder Eigenthum zu schmälern. Stiefeltern haben dagegen auch keine Verbindlichkeit, für die Stiefkinder Auslagen zu machen und Schulden zu bezahlen, wobei ihr eigenes Vermögen leidet; ist dieses geschehen, so muß ihnen dieser Aufwand bei der Abtheilung wieder vergütet werden [2]). (Erk. des Rev.-G., J. S. Ackermann gegen Kopp vom 13. Juni 1799.)

d) Der Nutznießer ist verpflichtet, also auch berechtigt, über den gesammten Nachlaß des verstorbenen Gatten die Verwaltung zu führen, weil ihm der volle Genuß einschließlich aller daran haftenden Rechte gebührt, in welchem Rechte er nicht gehindert werden kann. Die Ausübung aller aus dem Nutzgenuß und der Vermögensverwaltung fließenden Befugnisse stehen ihm ausschließend zu, und die Kinder dürfen, wenn

---

[1]) Die Grenzlinie zwischen Ausbesserungen zum Unterhalt und Hauptausbesserungen ist schwer zu ziehen. In der Regel sind erstere diejenigen, welche periodisch wiederkehren, und allgemein für eine Last des Ertrages gelten, während die anderen Ausnahmen sind und meistens auf Unfällen beruhen.

[2]) Solche Veränderungen an den Gütern der Vorkinder können nur mit Genehmigung des Gerichtes, und nach reiflicher Prüfung ihrer Nothwendigkeit auf Grund gutachtlicher Vernehmung zweier nächster Verwandten der Kinder, oder zweier redlicher Nachbarn geschehen. Ist diese Genehmigung erfolgt, oder die Stiefeltern können erweisen, daß die Verwendungen zum wahren Nutzen und Besten der Kinder geschehen sind, so müssen sich letztere die Vergütung aus ihrem Vermögen gefallen lassen. Das Gesetz hat zwar die Beiziehung der Vormünder zu dieser vom Gerichte anzustellenden Prüfung nicht verlangt, wo indeß Vormünder der Kinder bestellt sind, namentlich nach Tit. VI. § 3 des M. L. R., wenn sich die Mutter der Vorkinder verehlicht hat, wird sich auch die Befragung der Vormünder von selbst verstehen, da sie vor den sonstigen Verwandten und Nachbarn überall zu vernehmen sind, wo es sich um eine Gefährdung des Vermögens der Kinder handelt.

Aus der Bestimmung des Gesetzes, daß die Gerichte untersuchen sollen, ob die Verwendungen zum Besten der Kinder gereichen, die Eltern aber, welche ohne gerichtliche Bewilligung handeln, nachweisen sollen, daß die Verwendungen zum wahren Nutzen der Vorkinder geschehen seien, ist zu folgern, daß die letzteren die Auslagen nur soweit zu vergüten schuldig sind, als sie dadurch nach Beendigung des Nießbrauches bereichert wurden, und die Auslagen noch nicht durch den von den Eltern während des Nießbrauches daraus gezogenen Vortheil vergütet erscheinen.

ihnen gleich die Gesetze das Eigenthumsrecht an dem Vermögen des verstorbenen Ehetheils einräumen (M. L. R. Tit. VIII. § 12), gegen diese Verwaltung keine Einsprache erheben. Nur ausnahmsweise, bei bevorstehender Gefahr einer Verminderung der Vermögenssubstanz ist ihnen die Wahrung ihrer Rechte durch Tit. VIII. § 9 des M. L. R. gestattet.

Der überlebende Gatte ist daher auch berechtigt, im Namen der ganzen Vermögensmasse Klagen zu stellen, und soferne sich die Kinder in die Verwaltung des Vermögens, sei es im Auftrage des überlebenden Elterntheiles, oder mit dessen Wissen oder Willen, oder auch eigenmächtig eingemischt, die gemeinschaftliche Haushaltung und die dahin gehörenden Geschäfte besorgt, Gelder erhoben, Auslagen bestritten haben, von diesen Rechnungsstellung zu verlangen. Es ist dabei dem Wesen der Sache, und dem Erfolge nach völlig gleichgültig, ob diese Geschäfte das Vermögen des überlebenden Parens oder die gemeinschaftliche Haushaltung betreffen, ob die Gelder aus dem einen oder aus der anderen entnommen wurden, denn das Recht der ganzen Bewirthschaftung des ganzen Vermögens concentrirt sich vermöge des Beisitzes in der Hand des überlebenden Gatten. (A. G. E. vom 7. April 1864. Nr. 1299.)

§ 178.

3) Nach beendigtem Nießbrauch hat der Berechtigte die Nießbrauchsgegenstände an den Eigenthümer zurückzugeben, und den Schaden, welchen dieser erlitten hat, zu ersetzen. Sind diese Gegenstände ohne Verschulden des Nießbrauchers zerstört oder verschlimmert worden, so ist der Rest derselben auszuliefern, wie er sich durch regelrechte Benutzung gestaltet hat. Außerdem, und wenn der Nutznießer die Sachen absichtlich oder durch Nachlässigkeit verdorben hat, muß derselbe Ersatz leisten; den Beweis solcher schuldhaften Handlungen haben aber die Kinder ihren Eltern gegenüber zu führen, weil die letzteren den Kindern über die Verwaltung und den Gebrauch Rechnung zu stellen nicht schuldig sind. (M. L. R. VI. § 5.) Ebenso muß der Nutznießer die gemachten gewöhnlichen Verbesserungen ohne Entschädigung überlassen, weil angenommen wird, er habe sie nur in Beziehung auf die Vortheile gemacht, die er während seines Genusses daraus ziehen konnte. (M. L. R. Tit. VII. § 5.)

Im Allgemeinen muß bezüglich der Entschädigungspflicht als Regel gelten, daß sie da eintritt, wo der Nießbraucher seine oben angeführten Berechtigungen überschritten, oder durch Verabsäumung seiner Pflichten einen Schaden dem Eigenthümer zugefügt hat. Aus allem diesem folgt schon an und für sich, daß die Eltern die Nießbrauchsgüter zu veräußern oder zu verpfänden nicht berechtigt sind, selbst nicht wegen „ächter Noth.“ Befinden sich nämlich die Eltern in einem solchen Nothstande, so mögen sie nach Tit. IX. § 11 des M. L. R. ihre Kinder wegen Unterstützung in Anspruch nehmen, und die Leibzuchtsgüter können dann möglicherweise rücksichtlich der Alimentationspflicht der Kinder Executionsgegenstände werden.

Haben aber die Eltern derartige Güter selbst verkauft oder verpfändet, so haben sie in einer ungültigen Weise über fremdes Eigenthum

verfügt, und die Kinder sind deßhalb zur Zurückforderung berechtigt. (Verordnung von 1785 nr. 11. 15. Beil. zu Tit. XIX. — Erk. des Rev.-G., J. S. Maier gegen Schmitt vom 8. Dezember 1793.)

Die Zurückgabe der Nießbrauchsgegenstände hat nach M. L. R. Tit. VII. § 4 nur auf Verlangen der Kinder zu geschehen, außerdem kann die Verzinsung ihres Vermögens oder die Erstattung des Nutzgenusses von den Eltern nicht gefordert werden, so daß der Grundsatz „dies interpellat pro homine“ keine Anwendung findet. Die weitere Gestattung des Nutzgenusses wird als eine freiwillige, begründet auf der kindlichen Liebe, aufgefaßt. (Erk. des Rev.-G., J. S. Kopp gegen Ackermann vom 7. Juli 1801 und Erk. des Rev.-G., J. S. Straub gegen Kalkhofen vom 15. September 1786.)

Vor Erlassung des M. L. R. wurde durch ein Erk. des Rev.-G. vom 17. Dezember 1748, J. S. Mühling gegen Protzler, der Anspruch der Kinder auf Vergütung des Nutzgenusses vom Tage ihres Austritts aus der elterlichen Gewalt an auch ohne vorausgegangene Anforderung für berechtigt erklärt.

§ 179.

Verpflichtungen des Nutznießers rücksichtlich der Person des Eigenthümers.

1) Pflicht der Ernährung und Erziehung der Kinder.

Nachdem bezüglich der Natur des ehlichen Nutzgenusses angenommen wurde, daß derselbe auf dem Erbrechte des überlebenden Gatten an dem Vermögen des verstorbenen beruht, muß auch festgehalten werden, daß die Pflicht des ersteren zur Erziehung und zum Unterhalt der Kinder nicht die Ursache, sondern eine Last des Beisitzes ist, nachdem sie durch das L. R. Tit. VII. § 3 mit dem Beisitz in Verbindung gebracht wurde. (Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Hahn.)

Schon die Eingangsworte dieser Gesetzesstelle „dahingegen auch die Kinder 2c. gehörig zu unterhalten schuldig seind“, deuten darauf, d. h. die Eltern haben nicht den Beisitz, weil sie ihre Kinder zu ernähren haben, sondern weil sie den Beisitz haben, ist ihnen „dagegen“ diese Pflicht auferlegt.

Es ist nach dem bereits Ausgeführten von selbst klar, daß das Landrecht nur jene Pflicht der Eltern hier im Sinne hat, welche mit dem Beisitz an dem Vermögen des überlebenden Gatten verbunden ist, und ohne damit die aus dem natürlichen Bande zwischen Eltern und Kindern folgenden Pflichten zu berühren. Diese Pflichten hören durch den Umstand nicht auf, daß etwa der verstorbene Gatte kein Vermögen hinterließ, und daher auch ein Nutzgenuß eines solchen Vermögens nicht möglich ist. Die durch den Beisitz begründete Pflicht kann daher mit der natürlichen Pflicht der Eltern gleichzeitig wirken, die letztere aber auch ohne die erstere, und diese erneuert sich, so oft die Kinder alimentationspflichtig werden, während die auf dem Beisitz ruhende Pflicht für immer aufhört, sobald die im Gesetze aufgezählten Verhältnisse der Versorgung 2c. eingetreten sind. (Erk. des Rev.-G., J. S. Lamerz gegen Lamerz vom 19. Mai 1769.)

Diese Erziehungspflicht der Eltern ist weit verschieden von der Erziehungspflicht des Nutznießers in seiner Eigenschaft als Vater oder Mutter. Mit letzterer Eigenschaft ist die Leistung gewisser persönlicher Pflichten verbunden, welche den Eltern nur als Vater oder Mutter, nie aber als Nutznießern obliegen. Es ist auch

a) die Verbindlichkeit der Eltern erfüllt, sobald sie irgendwie den Bedürfnissen des Kindes vorgesorgt, und dasselbe auf eine beliebige Art in den Stand gesetzt haben, sein Brod zu verdienen; dagegen befiehlt die Verbindlichkeit des Nutznießers, dem Kinde einen Unterhalt, Unterricht, eine Art der Erziehung und eine Stellung in der Gesellschaft zu verschaffen, welche im Verhältniß zur Größe des Nutzgenusses stehen.

b) Die Verbindlichkeit der Eltern erlischt, sobald das Kind hinreichendes eigenes Vermögen hat, seine Bedürfnisse zu befriedigen, so daß, wenn die Verbindlichkeit des Nutznießers (qua talis) entsteht, die der Eltern, statt neben jener fortzuwirken und mit ihr zusammenzufallen, verschwindet und aufhört. Daraus folgt, daß, wenn der nutznießende Ehegatte in dem Ertrag der Nutzung die Mittel findet, den Bedürfnissen des Kindes zu genügen, der andere Gatte, so reich er sein mag, von der Verbindlichkeit frei wird, die ihm als Vater oder Mutter oblag. So lange es sich dagegen von der Verbindlichkeit der Elternschaft handelt, ruht solche auf der Errungenschaft und eventuell auf jedem Ehegatten nach Verhältniß seines eigenen Vermögens, so groß auch das Vermögen des andern Gatten sein mag.

c) Während die Verbindlichkeit der Eltern, weil sie aus ihren eigenen Gütern erfüllt wird, aufhört, oder sich verringert, sobald das Kind Vermögen erhält, bleibt dagegen die Verbindlichkeit des Nutznießers, weil sie mit den Mitteln erfüllt wird, welche dem Kinde gehören, und auf den Gütern haften, welche dem Nießbrauch unterliegen, mag auch das Kind andere Güter haben, welche nicht mit dem Beisitz der Eltern belastet sind. Während

d) die gewöhnliche Verbindlichkeit, welche auf den Eltern ruht, den Gläubiger nicht hindern kann, das ganze Vermögen der Eltern, welches das Unterpfand seiner Forderung bildet, mit Beschlag zu belegen, zur Execution zu bringen ꝛc., können die Gläubiger des Nutznießers, da diesem die Früchte seines Nutzgenusses erst nach Erfüllung seiner Verbindlichkeit zufallen, auf die Nutznießung des Elterntheiles erst nach Abzug desjenigen greifen, was zur Erziehung der Kinder in dem obigen vollen Umfange nothwendig ist.

e) Die elterliche Alimentationspflicht ruht auf der sog. gemeinen Nahrung (ehlichen Errungenschaft) als eine dem Zwecke der Ehe entsprechende Last, und es gilt von ihr, was überhaupt von den Eheschulden in Tit. IV. des M. L. R. bestimmt ist.

f) Die aus dem Beisitz fließende Pflicht des Unterhaltes der Kinder soll nach Tit. VII. § 3 des M. L. R. „gehörig", d. h. standesgemäß und dem Vermögen der Kinder entsprechend erfüllt werden, und es gehören dazu auch nach Tit. VII. § 6 die Kosten für die Studien oder Erlernung eines Handwerkes. Reicht die ganze Rente des Beisitzes dazu nicht hin (zu welchem Zwecke übrigens auch die Ueberschüsse früherer Jahre hinzuzurechnen sind, wenn für erhöhte Auslagen eines Jahres die in diesem Jahre flüssig werdenden Renten nicht

genügen), so hat den Rest der überlebende Parens zu zahlen, weil subsidiär seine Elternpflicht in Mitleidenschaft kommt. Die Kinder haben auch in der Regel diese Auslagen nach Tit. XVII. § 3 des M. L. R. nicht in die elterliche Masse einzuwerfen. Steht jedoch der pflichtige Elterntheil in zweiter Ehe, so kann der Stiefelterntheil die Beiziehung des Vermögens der Vorkinder verlangen, d. h. nach Tit. VII. § 6 des M. L. R. eine gerichtliche Entscheidung über diese Frage erwirken. Sollte jedoch auch das Vermögen der Vorkinder zu ihrer Erziehung nicht hinreichen, so ist es billig, daß ihnen aus der Nahrung (Errungenschaft) zweiter Ehe der gehörige Unterhalt gereicht werde, wenngleich dadurch die Errungenschaft dieser Ehe merklich geschwächt würde; der Stiefparens muß sich diesen Nachtheil selbst beimessen, indem er einen solchen mit Kindern versehenen Gatten geheirathet hat, dessen Verhältnisse er vorher kennen konnte und kennen mußte [1]).

Aus ihrem eigenen Separatvermögen brauchen jedoch die Stiefeltern zur Erziehung der Vorkinder nicht beizutragen, sie können sich vielmehr vor oder nach der Verehlichung der Pflicht der Unterhaltung und standesgemäßen Erziehung nach Tit. VII. § 6 entheben, sobald sie dieses dem Gerichte anzeigen und sich von dort Bescheid erholen. Das Gericht ist in diesem Fall verpflichtet, seine Verfügung nach Vernehmung aufzustellender Vormünder zu erlassen. (§ 177 b.)

Es wird dann die Frage zu entscheiden sein, ob der noch lebende leibliche Parens noch Vermögen besitzt, oder ob von Curatelwegen für die Kinder wegen ihrer Armuth zu sorgen ist. Aus eigener Gewalt sind die Stiefeltern nie berechtigt, die Vermögenssubstanz der Kinder anzugreifen, oder zu veräußern. (Erk. des Rev.-G. vom 3. April 1775, J. S. Hofheim gegen Will.)

Die Lehre des gemeinen Rechts, daß das Sondergut der Kinder wegen der Alimente der Eltern oder Kinder veräußert werden kann, ist hiernach insoferne abgeändert, als jede Verfügung darüber der Zustimmung des Gerichtes bedarf. (Erk. des Rev.-G. vom 27. März 1778, J. S. Schneiderhenn gegen Becker.)

Solange die Stiefeltern von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, haben die Vorkinder ihnen für Unterhalt und Erziehung nichts zu ersetzen, sie erscheinen vielmehr insolange in gleicher Lage wie die leiblichen Eltern, weil, wenn die Kinder eigene Güter haben, der sich wiederverehlichende leibliche Parens die Renten davon in die zweite Ehe bringt, welche hiedurch auch dem Stiefparens zu gut kommen, indem sie in die gemeinschaftliche Errungenschaft dieser weiteren Ehe fallen.

---

[1]) Vergl. Lauterbach, dissert. de aere alieno in societate conjugali contracto solvendo § 31. „Num, quidquid pater vel mater ex priori matrimonio liberos habens, sua opera et in dustria acquirit, illud uti et omnes ejusdem bonorum fructus a c q u a e s t u i c o n j u g a l i cedant, atque alteri conjugi communes fiant; ipsa quoque aequitatis ratio suadet, ut hoc quoque onus (scil. alendi liberos allatos) commune fiat, et ad societatis onera referatur, etsi pars altera liberos ex priori matrimonio habeat nullos". — (Danz, Deutsch. Pr. R. Thl. 7 S. 17 ff. — Erk. des O. A. G. zu Kassel vom 17. Dezember 1842 in Strippelmann Samml. vom Erk. Thl. III. Abth. 2 S. 80—87.)

Ebenso ruht die Alimentationspflicht des einen Ehegatten rücksichtlich s e i n e r Eltern primär auf der Errungenschaft, vorbehaltlich des Rechtes des anderen Gatten, bei Aufhebung der Gemeinschaft wegen eines solchen Aufwandes Ersatz zu verlangen, soferne sein E i n b r i n g e n dadurch beschädiget wurde.

Nur die standesmäßigen Handstreichs- (Verlobungs-) und Hochzeitskosten dürfen von den Stiefeltern nach Tit. VII. § 6 aufgerechnet werden.

Dieser standesmäßige Unterhalt hört auf, sobald die Kinder außer dem Brode des überlebenden (nicht zur weiteren Ehe geschrittenen) Gatten stehen. Dieser Zustand der Selbstständigkeit wird deutschrechtlich auch ohne förmliche Entlassung aus der elterlichen Gewalt herbeigeführt, wenn die Kinder nach erreichter Großjährigkeit, oder auch vor derselben (M. L. Tit. VII. § 4) eine eigene, von den Eltern abgesonderte Haushaltung begründet haben, oder in den geistlichen Stand treten, oder auch sich vor ihrer Großjährigkeit mit Zustimmung der Eltern verheirathen. Großjährigkeit bewirkt ohne eigenen Haushalt eine Selbstständigkeit der Kinder nicht. Zur Begründung einer Haushaltung ist nicht die blose Absicht, sondern die Thatsache selbst erforderlich.

Der Unterhaltspflicht der Eltern entspricht die den Kindern in Tit. IX. § 11 auferlegte Pflicht, ihren Eltern standesmäßigen Unterhalt zu verschaffen, wenn das dem überlebenden Parens von dem verstorbenen zugefallene Vermögen nebst seinem eigenen Vermögen zu seinem Unterhalte nicht hinlänglich ist.

§ 180.

2) Pflicht der Ausstattung.

Die Aussteuer ist nicht zu verwechseln mit dem Heirathsgut (dos), welches von der Frau dem Manne nach Tit. I. § 5 des M. L. R. bestellt wird; denn die Aussteuer begreift Alles, was die Eltern ihren Kindern, oder Drittere diesen geben, um eine Beihülfe zur Errichtung eines Hausstandes zu leisten, während das Heirathsgut wohl in den meisten Fällen ein Theil der Aussteuer, oder auch die ganze Aussteuer ist, aber seinem Begriffe nach nur in Beziehung steht zu den dem Ehemanne daran eingeräumten Rechten, oder den damit zusammenhängenden Vorzugsrechten der Frau selbst. Um als Aussteuer zu gelten, bedarf das von den Eltern den Kindern zum Zwecke der Versorgung Gegebene auch nicht dieser Bezeichnung, während diese Gabe, um als Heirathsgut zu gelten, von der Frau bestimmt als Heirathsgut benannt sein muß. Auch ist jede Mitgabe der Eltern bei Versorgung der Kinder eine Aussteuer, wenn sie nicht als Geschenk gegeben wurde (Erk. des Rev.-G. vom 17. April 1799, J. S. Ackermann gegen Kopp.) [1]).

---

[1]) In diesem Sinne von Ehesteuer wird das Wort „Aussteuer" auch von den meisten verwandten L. R. gebraucht, z. B. der Frankf. Reform. Thl. V. Tit. 8 § 15. So ist auch die Bestimmung in Tit. XVII. § 2 des M. L. R. aufzufassen, wo die Conferrenden mit „Heirathssteuer, Heirathsgut, Brautgabe, Widerlage" bezeichnet werden, und dieses in Tit. XVII. § 8. 10 dahin erläutert wird, daß darunter alles Hauptgeld und Gut zu verstehen ist, was die Kinder außer Geschenken von den Eltern erhalten haben.

Werden Kinder beim Eintritt in ein Kloster nach Tit. IX. § 3 abgefunden (abgemehrt), so ist dieses nach den Regeln der Ausstattung zu beurtheilen. (Sie werden als Verlobte Christi betrachtet.) (Erk. des Rev.-G. vom 5. Juli 1782, J. S. Lack gegen Lack. — Vergl. § 220. 235 not.)

Kehren solche Ordensprofesse aus dem Kloster zurück, so müssen sie sich ihre Ausstattung aufrechnen lassen, und dieselbe conferriren. Eine Ausstattung über die Gränzen der Amortisationsverordnung von 1737 mögen sie, auch wenn sie mit ihrem Vorwissen gegeben wurde, von dem Kloster zurückfordern. (Erk. des Rev.-G. vom 16. Juli 1794, J. S. Reinhard gegen Bollermann.)

Die Aussteuer ist indeß von verschiedenem Charakter, je nachdem sie

I. mit dem elterlichen Nutzgenusse als eine Belastung desselben in Verbindung steht, oder

II. ohne einen solchen Nutzgenuß in Frage kommt.

Die erstere Art der Aussteuer beruht auf dem M. L. R. Tit. VII. § 3, die letztere auf den Bestimmungen des gemeinen Rechtes.

Zu I. Die Ausstattung bildet den Schlußakt des Unterhaltes der Kinder während ihrer Unselbstständigkeit, indem sie die Mittel gewähren soll zum Beginne eines unabhängigen Erwerbes, sei es im weltlichen oder geistlichen Stande, oder durch Ausscheiden der Tochter aus der bisherigen Familie und Uebertritt derselben in eine andere durch ihre Heirath.

Die vorbemerkte Ausscheidung der Aussteuer in zwei Kategorien ist deßwegen von praktischer Bedeutung, weil danach die Frage zu entscheiden ist, ob die Eltern auch dann zur Ausstattung verpflichtet sind, wenn die Kinder bereits eigenes genügendes Vermögen zum Beginne eines selbstständigen Erwerbes besitzen, da die Ausstattung im Allgemeinen mit der elterlichen Unterhaltspflicht zusammenhängt, und daher hinwegfallen müßte, wenn die Kinder selbst genügendes Vermögen besitzen. (l. 5 pr. § 7 D. [25. 3].)

Im Allgemeinen ist daher auf den Unterschied zu verweisen, welcher oben bezüglich der Pflicht der Erziehung und Ernährung der Kinder insoferne gemacht wurde, als diese entweder aus dem Beisitz der Eltern oder aus der elterlichen Gewalt fließt.

Zu bemerken ist hier, daß gemeinrechtlich die Eltern zur Ausstattung nicht verpflichtet sind, sobald die Kinder selbst zureichendes Vermögen besitzen, weil nach l. 31 C. (5. 12) der Vater als solcher, und nicht wegen der väterlichen Gewalt eine Aussteuer zu bestellen schuldig ist, weil diese Pflicht der Pietät nicht angenommen werden kann, wo wegen eigenen Vermögens der Kinder kein Bedürfniß dazu besteht, und weil ferner durch l. 5 und 12 D. (23. 3) bestimmt ist, daß nur in zweifelhaften Fällen anzunehmen sei, der Vater habe die dos nicht aus dem Vermögen der wohlhabenden Tochter, sondern aus dem seinigen bestellt.

Aus Allem diesem folgt, daß der Vater nicht verpflichtet ist, die dos aus seinem Vermögen zu bestellen, wenn er sich deutlich erklärt hat, er wolle dieses nicht.

Waren nun bei Lebzeiten beider Eltern diese im Nutzgenuß eines ihren Kindern von Dritteren anerfallenen Vermögens, so ist der Fall gegeben, in welchem Kinder wirklich eigenes — lediglich durch den aus der elterlichen Gewalt fließenden und mit dieser sich endigenden Nießbrauch beschränktes — Vermögen besitzen, welches ihnen von den Eltern bei ihrer Versorgung unbedingt auszuhändigen ist. — Es besteht in diesem Falle nur noch die gemeinrechtlich zu lösende Frage, ob, bei Unzureichenheit dieses Vermögens zur Versorgung, die Eltern noch weiter verpflichtet sind, die Ausstattung aus ihrem Vermögen zu ergänzen [1]).

---

[1]) Geschieht die Ausstattung aus dem Vermögen der Eltern, und war damit die Ueberlassung von Grundstücken verbunden, so mußten derartige Verträge bis zum

Eine ganz verschiedene Sache ist es jedoch, wenn ein Ausstattungsfall zur Zeit eintritt, wo der überlebende Gatte den Beisitz an dem hinterlassenen Vermögen des verstorbenen Gatten hat. Dieses Vermögen braucht zwar der überlebende Gatte nach Tit. VII. § 2, solange er im unverrückten Wittwenstande verbleibt, den Kindern nicht auszuhändigen, allein es ruht auf dem daran gewährten Nutzgenuß die Pflicht der standesmäßigen Ausstattung ohne Rücksicht, ob die Kinder bereits ein anderes Vermögen besitzen, denn sie ist im Gesetze Tit. VII. § 3 unbedingt auferlegt, ebenso wie die damit identische Pflicht des Unterhaltes der Kinder während ihrer Unselbstständigkeit. Die Aussteuer vertritt bei dem Ausscheiden der Kinder aus dem elterlichen Brode die Stelle des sonst fortdauernden Unterhaltes. (Erk. des Rev.-G. vom 13. Juni 1799, J. S. Straub gegen Kalkhoff. — Erk. des Rev.-G. vom 27. September 1786, J. S. Ackermann gegen Kopp.)

Diese Ausstattungspflicht ist ohne Unterschied dem letztlebenden Elterntheile auferlegt, es sei dieses der Vater- oder die Mutter, während die aus dem elterlichen Verhältnisse fließende Pflicht zur Aussteuer gemeinrechtlich und regelmäßig nur den Vater trifft.

Von dieser Elternpflicht geschieht in dem L. R. keine specielle Erwähnung, da es die Aussteuer nur unter dem Tit. VII. vom Nießbrauch des letztlebenden Gatten aufführt, so daß also im Uebrigen das gemeine Recht seine Gültigkeit behält.

Ist eines der Eltern gestorben, und der letztlebende Gatte hat den Beisitz, so fragt es sich, ob dieser die Aussteuer aus seinem eigenen, oder aus dem dem Nießbrauch unterworfenen Vermögen zu entrichten hat.

Es ist hiebei zu unterscheiden a) ob der Nießbrauch, sei es wegen testamentarischer oder vertragsmäßiger Bestimmungen oder fortdauernden Wittwenstandes ein durch die Ausstattung der Kinder sich nicht endigender ist, oder b) ob entgegengesetzten Falles mit dem Ausstattungsfalle auch das Ende des Nießbrauches zusammenfällt.

Ad a. Sollte der Vater im gegebenen Falle eine solche Mitgift schlechthin, und ohne zu bestimmen, aus welchen Gütern, gegeben, oder zu geben versprochen haben, so wird schon gemeinrechtlich im Zweifel vermuthet, daß er sie aus seinem eigenen, nicht aus der Kinder Vermögen gegeben habe. (l. u. C. [5. 11]. — l. 19. D. [24. 2]. — Erk. des Rev.-G. vom 9. Dezember 1790, J. S. Bartarelli gegen Münch.)

Diese Annahme findet auch nach M. L. R. Rechtfertigung, weil dieses die Ausstattung als eine auf dem Nießbrauch oder auf dem Nutznießer, also auf dessen Renten und eigenem Vermögen ruhende Last darstellt [1]). (Erk. des Rev.-G. vom 20. Dezember 1787 und 13. Juni

---

Gesetz vom 5. Oktober 1863 gemäß der kurfürstl. Mainz'schen Verordnungen vom 12. Juni 1784 und 24. Mai 1798 um gültig zu sein, gerichtlich protokollirt und bestätigt sein, weil dieses zu dem Rechtsbestande jeden Vertrages, welcher die Uebertragung des Eigenthums an liegenden Gütern zum Gegenstande hatte, erforderlich war. (Erk. des A. G. vom 21. März 1865 Nr. 275.)

Protokollarische Erklärungen der Eltern vor der Verwaltungsbehörde, welche zum Zwecke des Vermögensnachweises bei Gelegenheit des Gesuches um die Ansässigkeit oder Verehlichungserlaubniß abgegeben werden, können die Stelle der gerichtlichen Vertragsprotokollirung nicht vertreten.

[1]) Das verwandte Kurpfälz'sche L. R. drückt dieses Verhältniß in Thl. IV. Tit. 13 § 2 so aus: „daß der letztlebende Ehegatte seine verheuratheten Kinder mit ziemlichem Zugeld von seiner Selbst-Nahrung und nicht der Kinder Verfangenschaft, ihrem Verstand, Vermögen und Ehren gemäß zu bestatten schuldig

1799, J. S. Ackermann gegen Kopp. — Erk. des Rev.-G. vom 27. September 1786, J. S. Straub gegen Kalkhof.)

Daß das M. L. R. dieses Verhältniß wirklich so auffaßt, geht unumstößlich daraus hervor, daß das als Aussteuer von den Eltern Empfangene von den Kindern bei der Verlassenschaft des Gebers nach Tit. XVII. § 2 des M. L. R. ohne irgend eine Ausscheidung wieder in die Masse zur Gleichstellung der Kinder eingeworfen (conferirt) werden muß, was rechtlich nicht zulässig wäre, wenn die Aussteuer aus dem den Kindern bereits erbrechtlich gebührenden, und blos mit dem Nutzgenuß der Eltern bestrickten Vermögen der Kinder entnommen werden könnte, und entnommen worden wäre. (§ 301.)

Jedoch wird nach der Billigkeit noch ein Unterschied zu machen sein, wenn der letztlebende Gatte zwar einen ansehnlichen Nutzgenuß an des verstorbenen Gatten hinterlassenem Vermögen, für sich selbst aber sehr wenig oder gar kein Vermögen besitzt, und dennoch eine bedeutende Ehesteuer dem heirathenden Kinde versprochen hat. In diesem Falle wird es die Billigkeit erfordern, daß die Ausstattung in ein Verhältniß zu den Renten des Nutzgenusses und zum eigenen Vermögen des Nutznießers gebracht, und das Uebrige als aus dem eigenen Vermögen des Kindes entnommen betrachtet wird, nach Analogie des Falles, in welchem bei Lebzeiten beider Eltern die versprochene oder gegebene Aussteuer zunächst auf der Errungenschaft, und eventuell pro rata auf dem beiderseitigen Zubringen haftet.

Es ist dieses in dem Ulmer Statut I. 5 § 2 so verordnet, und läßt sich auch aus dem gemeinen Rechte (l. 7 C. [5. 12]) begründen. Nach Würtemberger L. R. IV. 11 § 28 kann dagegen in diesem Falle die Aussteuer aus der Kinder Vermögen genommen werden, und es ist, daß dieß geschehen sei, im Zweifel auch zu vermuthen. Die Belastung des elterlichen, sei es des mütterlichen oder väterlichen Vermögens mit der Ausstattung der einzelnen Kinder darf jedoch nur soweit gehen, daß der Pflichttheil der übrigen Kinder nicht verletzt wird. (Tit. IX. § 1 des M. L. R. — Erk. des Rev.-G. vom 13. Juni 1799, J. S. Ackermann gegen Kopp.)

Wenn der letztlebende Gatte nach Tit. VII. § 4 zur weiteren Ehe schreitet, und in diese eigene Kinder aus der Vorehe mitbringt, während ihm der Nutzgenuß auf Lebensdauer von dem verstorbenen Gatten verschafft ist, so ist es klar, daß solche Vorkinder nicht unbedingt aus der in zweiter Ehe entstandenen Errungenschaft (gemeinen Nahrung) ausgestattet werden können, sondern nur soweit, als es die in diese Errungenschaft fließenden Renten des Nutzgenusses am Vermögen der Vorehe gestatten. Die Verwendung dieser Renten muß sich aber der andere Gatte gefallen lassen, weil sie nur mit der Last der Aussteuer in die

---

sein soll", womit auch die Nassau'sche Landesordnung Thl. IV cap. 11 Art. 2 übereinstimmt. Das Solmser L. R. Thl. II. Tit. 28 § 6 rechnet die Erziehung und Versorgung gleich dem M. L. R. zu den Pflichten des Nutznießers. Das Kölner Statut VIII. 6, die Nassau-Katzenellenbogener Landesordnung Thl. IV. c. 11 § 2 bestimmen gleichfalls, daß der Ueberlebende und der Nießbraucher die Kinder ausstatten soll. Das Trierer L. R. bestimmt dagegen in VI. § 17. 18, daß der Ueberlebende die Kinder halb aus deren eigenem Vermögen, halb aus dem seinigen ausstatten soll.

ehliche Gemeinschaftsmasse fließen. Ist die Ausstattung demungeachtet auch mit Zuhülfenahme der gesammten Errungenschaftsmasse der II. Ehe geschehen, so hat der Stiefelterntheil nach geendigter Ehe das Recht, zu fordern, daß ihm seine Einbuße bei der Abtheilung zu gut gerechnet, resp. als eine errungenschaftliche Forderung von dem andern Gatten ersetzt werden, weil kein Stiefvater zur Dotirung verpflichtet ist. (Erk. des H. G. vom 16. August 1789, J. S. Aufschneider gegen Müller.)

Ad b. Wenn jedoch der überlebende Gatte zur weiteren Ehe schreitet, ohne daß ihm der Nutzgenuß auf Lebensdauer besonders verschafft ist, dann tritt mit der Versorgung der Kinder der Fall der Auslieferung des den Kindern vom verlebten Parens angefallenen Vermögens ein. Diese Auslieferung ist nun zwar allerdings keine Aussteuer, allein sie ist die Beendigung des Nutzgenusses. Aus dem bis dorthin bezogenen Nutzgenuß folgt auch keine Verpflichtung zu einer weiteren Gabe, weil die Aussteuer durch das M. L. R. in Tit. VII. § 3 und 2 nur jenen Eltern auferlegt wird, welche den Nutzgenuß zur Zeit, wo die Ausstattung geboten ist, noch haben, und weil die Ausstattung durch ihre Verknüpfung mit dem Beisitz nur als eine Entschädigung der Kinder dafür erachtet werden kann, daß die Eltern den Genuß des den Kindern eigenthümlich gehörigen Vermögens, obgleich durch deren Versorgung ihre Alimentationspflicht aufhört, fortbeziehen.

Durch diese Auslieferung gelangen die Kinder auch in den Besitz eigenen Vermögens, die Pflicht der Eltern zur Ausstattung der Kinder wird daher nur eine gemeinrechtliche und eventuelle. (Erk. des Rev.-G. vom 13. Juni 1799, J. S. Ackermann gegen Kopp. — Erk. des k. Kreis- und Stadtgerichts Aschaffenburg vom 29. September 1843.)

Was die Größe der statutarischen Aussteuer betrifft, so sagt das M. L. R. blos in Tit. VII. § 3, daß der Unterhalt und die Aussteuer „behörig" sein sollen. Die Frankf. Reform. setzt dafür V. 8 § 15 das Wort „gebührend". Es folgt daraus, daß die Ausstattung so sein soll, wie es der Eltern Stand und Vermögen zuläßt. (Seufferts Archiv Bd. XVI. nr. 225.)

Sollten die letzteren die Aussteuer zu gering bestimmen, so ist es Sache des Gerichtes, mit Berücksichtigung des Vermögens der Eltern, sowie des eigenen Vermögens der Kinder, der Anzahl der Kinder, Stand der Eltern, Ertrag des Nutzgenusses, dann mit Erwägung des von den Kindern zu beginnenden Geschäftes, hierüber zu erkennen, wobei hauptsächlich der Pflichttheil der auszustattenden Kinder einen Anhaltspunkt gewähren kann. Bei Betretung des Rechtsweges müssen diese Verhältnisse durch das Beweisverfahren erörtert werden, ähnlich wie bei Alimentationsforderungen. (Seufferts Archiv Bd. 14 nr. 141.)

Geht die versprochene Ausstattung über dieses Maß hinaus, so ist sie nicht mehr einem lästigen Vertrage gleich zu achten, sondern sie ist dann ein Akt der Freigebigkeit, welcher, soferne dadurch Rechte Dritterer, z. B. der Gläubiger der Eltern verkürzt werden, mit der Paulianischen Klage angefochten werden kann [1]).

---

[1]) Gänzliche Veräußerung des elterlichen Vermögens an die Kinder unter der Form von Heirathsgütern oder Ausstattung zu einer Zeit, wo die Eltern ihre Ueberschuldung kannten, und wo sich die Kinder noch nicht verehlichen oder ansässig

Eine gleiche Natur hat die Ausstattung, wenn sie einem Kinde in einem höheren Betrage gegeben wurde, als es zu fordern berechtigt war, denn den Ueberschuß hat es titulo lucrativo aus einem Akte der Freigebigkeit der Eltern erworben.

Die Größe der Ausstattung kann auch, wenn es sich um Pupillen handelt, von dem vormundschaftlichen Gerichte geschehen.

Zu II. Solange beide Eltern leben, ist die Aussteuer, sobald gemeinrechtlich der Fall einer Aussteuerpflicht für die Eltern überhaupt besteht, aus den gemeinschaftlichen Ehegütern zu leisten, weil die Aussteuer nach deutschem Rechte die Natur des den Kindern schuldigen Unterhaltes hat, und der Unterhalt der Kinder zunächst einer aus der Errungenschaft zu bestreitende Ehelast gleichkommt.

Nach römischem Rechte liegt allerdings die Pflicht der Dotirung zunächst nur dem Vater ob (l. 19 D. [24. 2] l. 7 C. [5. 11] l. 14 C. [5. 12]), allein es hängt diese Anordnung mit dem römischen System der vollkommenen Gütertrennung, und dem Umstande zusammen, daß dort Eheerwerb und Verlust, also auch die Ehelasten blos den Mann treffen. Wenn aber nun nach M. L. R. Tit. III. und IV. Ehegewinn und Eheverlust, somit auch die Ehelasten unter beiden Gatten gemeinschaftlich werden, wenn die Erziehung, Unterhalt und Versorgung der Kinder eine Ehelast sind, so folgt, daß auch die Ausstattung, als zur Versorgung gehörig, eine Obliegenheit der ehlichen Gemeinschaft ist, für welche in subsidium der mangelnden Errungenschaft jeder Gatte mit Schwert- und Rockentheil nach Tit. IV. § 2 des M. L. R. einzustehen hat.

Die verwandten Landrechte, z. B. das Württemberger IV. 13, Badisches L. R. VI. 12, Frankf. Reform. III. 8 § 11 sprechen dieses bestimmt aus.

Das römische Recht kann also auf unsere Frage bei gänzlich veränderten Verhältnissen keine unbedingte Anwendung mehr finden.

Bei der Theilung der Errungenschaftsgemeinschaft gebührt sonach der Frau keine besondere Vergütung für die nothwendige Ausstattung, welche der Mann allein den gemeinsamen Kindern aus Gegenständen der Gemeinschaft gegeben hat, denn einestheils ist es eine natürliche Pflicht der Eltern, ihren Kindern eine Ausstattung zu geben, anderntheils ist der Mann Herr der Gütergemeinschaft, und verpflichtet diese durch seine Handlungen.

---

machen wollen oder können, enthält an sich schon eine Gefährde der veräußernden Eltern ihren Gläubigern gegenüber, welche sohin nicht noch eines besonderen Beweises bedarf. (l. 17 D. [42. 8] Bl. f. R. A. IX. S. 211].) Abgesehen hievon kann die nach M. L. R. Tit. VII. § 3 von den Eltern dem großjährigen Kinde bei Standesveränderung und Anfang einer eigenen Haushaltung zu reichende Aussteuer nur nach Verhältniß des Vermögens der Eltern abgemessen werden (l. 69 § 4 D. [23. 3]), und dieses ist nur insoweit als vorhanden anzusehen, als es schuldenfrei ist. (l. 72 D. [23. 3] l. 39. § 1 D. [50. 16].)

Geschieht eine solche Ausstattung von den überschuldeten Eltern als Handlung bloser Freigebigkeit (schenkungsweise), so handelt es sich auch hiebei um die Frage, ob dadurch die Gläubiger hintergangen wurden. Ist dieses der Fall, so muß der Beschenkte das Empfangene zurückgeben, denn es wird ihm dadurch kein Schaden zugefügt, sondern nur ein Gewinn entzogen, welcher ihm zum Schaden Dritterer nicht gebührt. Wußte der Beschenkte von dem gespielten Betrug der Gläubiger nichts, so kann er nur soweit in Anspruch genommen werden, als er durch das Geschenk reicher geworden ist. (l. 6 § 11 D. [42. 8]. — A. G. E. vom 15. März 1866 Nr. 1316.)

Es gilt dieses natürlich nur von der Aussteuer, welche den gemeinsamen Kindern gegeben wird, nicht aber von dem, was der Mann oder die Frau Kindern etwa geben mögen, die sie aus einer anderen Ehe erzielt haben. Für solche Aussteuer ist zuverlässig jener Gatte, welcher die Mittel dazu aus Gegenständen der Gütergemeinschaft genommen hat, dem andern Gatten dafür Vergütung schuldig.

Wird von beiden Eltern den gemeinschaftlichen Kindern eine Aussteuer bestellt, so muß man consequent annehmen, daß sie von jedem Theile nach Verhältniß seines Antheiles an der Errungenschaft bestellt ist.

Wird aber die Aussteuer von dem Vater oder von der Mutter allein bestellt, so ist damit einer ehlichen Verbindlichkeit nach Tit. IV. § 2 des M. L. R. Genüge geleistet, oder wenigstens eine zum Besten der Kinder, also zum Besten eines Ehezweckes dienende Ausgabe gemacht, welche beide Eltern gleichfalls gemeinschaftlich resp. primär die Errungenschaft belastet.

Dieses gilt jedoch nur dann, wenn die Kinder kein eigenes genügendes Vermögen zur Bestellung einer Aussteuer haben, weil sich auch nach M. L. R. recht wohl die Anwendung des gemeinrechtlichen Grundsatzes verträgt, daß die Pflicht der Eltern zur Ausstattung nur eine subsidiäre ist, weil ja auch die Alimentationspflicht der Eltern aufhört, sobald die Kinder sich von den Früchten ihres eigenen Vermögens, oder von ihrem Verdienste selbst erhalten können. (Erk. des Rev.=G. vom 9. Dezember 1790, J. S. Bartarelli gegen Münch.)

Hat der Vater die Ausstattung mit dem Beisatze versprochen, daß er dieselbe aus *seinem* Vermögen geben wolle, so beruht dieses Versprechen auf einer Liberalität, wodurch nur der Vater oder seine Erben verpflichtet werden, aber nicht dessen Frau. (A. G. E. vom 22. November 1859 Nr. 7302.)

Ein solches Versprechen ist jedoch keineswegs ein Akt der *blosen* Liberalität, sondern die darauf hin gegebene Aussteuer ist zu jenem Vermögen zu conferiren, aus welchem sie stammt. (Erk. des Rev.=G. vom 14. April 1784, J. S. Straub gegen Kalkhoff.)

Hat der Vater oder die Mutter in ihrem Testament über die gegebene Ausstattung als Pflichttheil verfügt, so geht daraus hervor, daß der betreffende Elterntheil dieselbe als aus seinem Vermögen gegeben betrachtet wissen wollte, weil er über das Vermögen des andern Gatten nicht verfügen konnte (Erk. des Rev.=G., J. S. Werlein gegen Ehemann vom 19. Juli 1787), sowie überhaupt keinem Elterntheile gestattet ist, die Aussteuer aus dem Vermögen des anderen Gatten zu geben. (l. 28 D. [23. 3].)

Ist durch ein Testament die Collation der Aussteuer ausgeschlossen, so können die Miterben, vorbehaltlich des Nachweises, daß sie dadurch an ihrem Pflichttheile verletzt würden, die Collation nicht verlangen. (Erk. des Rev.=G. vom 9. Dezember 1790, J. S. Bartarelli gegen Münch.)

§ 181.

Form und Folge der Bestellung der Aussteuer.

Gewöhnlich wird die Ausstattung bei Errichtung der Eheverträge von den beiderseitigen Eltern zugesichert, und in der versprochenen Größe

ist sie auch rechtzeitig und mit den Interessen vom Tage des Verzuges an zu entrichten. Mit dem Tage der Fälligkeit ist die Ausstattung sofort als ein Bestandtheil des Ehevermögens zu betrachten, und den damit zusammenhängenden Folgen unterworfen. Fällig aber wird die Aussteuer mit dem Vollzuge der Ehe, wenn nicht etwa ein späterer Termin festgesetzt wurde, denn sie dient zu den Ehezwecken und zur Bestreitung der Lasten der Ehe vermöge der daraus zu ziehenden Nutzungen (Tit. III. § 3 des M. L. R.), und diese beginnen vermöge Tit. XIV. § 10 des M. L. R. mit der priesterlichen Trauung. Wurden z. B. 1000 fl. als Aussteuer versprochen, so erscheinen diese als Zubringen (Illat) des betreffenden Gatten, wovon derselbe, wie gewöhnlich geschieht, einen bestimmten Theil dem längstlebenden Gatten auf den kinderlosen Sterbfall rc. zu überlassen berechtigt ist. Stirbt nun der Mann, oder die Frau, und nach dem einen oder andern erst das in der Ehe erzielte Kind, bevor noch die Ausstattung von den Schwiegereltern entrichtet ist, so kann deren Saumsal sie nicht gegen die Forderung der gesammten Ausstattung schützen, weil diese nach dem betreffenden Gatten auf das Kind, und nach dessen Tod auf seinen hinterlassenen Elterntheil vererbt wurde.

Obgleich ferner die Ausstattung zur Tragung der Ehelasten gegeben wird, so kommt es doch nicht darauf an, wie lange die Ehe währet. (Erk. des Rev.-G. vom 16. September 1762, J. S. Geis gegen Geilmann.)

War jedoch die Aussteuer zur Zeit des Todes und des einen Gatten noch nicht fällig, so kann der überlebende Gatte auch nur das fordern, was ihm davon auf den kinderlosen Sterbfall zugesichert war.

Während der Ehe ist der Mann als Verwalter des Vermögens seiner Frau berechtigt, von den Eltern der letzteren die Aussteuer seiner Frau einzufordern, und er bedarf dazu ihres Consenses nicht. Auch nach dem Tode steht ihm dieses Recht zu, weil er als Vormünder der Kinder und als Nutznießer ihres Vermögens auch ohne curatelamtliche Ermächtigung dazu legitimirt ist.

Wird die Ausstattung unbestimmt und ohne Bedingung einer Zeit ihrer Entrichtung versprochen, so kann sie mit dem Abschluß der Ehe, deren Lasten sie erleichtern soll, gefordert werden. Allein Verzugszinsen können von den Empfangsberechtigten nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes erst von dem Zeitpunkte an gefordert werden, wo in der Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit eine Saumsal eingetreten ist. Der Fall einer mora ex re erscheint hier nicht gegeben, besonders weil die Gesetze für die Heimsteuer keinen bestimmten Zahlungstermin gegeben haben. Zur Begründung des Anspruches auf Verzugszinsen ist daher die Festsetzung eines bestimmten Erfüllungstermines — dies interpellat pro homine — oder Mahnung des Schuldners erforderlich. (A. G. E. vom 15. November 1865 Nr. 2191.)

Es ist dieses nach M. L. R. um so mehr anzunehmen, als auch das Vermögen der Kinder nach Tit. VII. § 4 erst „auf Verlangen“ ausgeliefert werden muß.

§ 182.

Ende des Nießbrauchs.

Der Nießbrauch erlischt:

1) Durch den Tod des Nutznießers, weil er als ein persönliches Recht nicht vererbt werden kann. Der bürgerliche Tod mag wohl die

mit dem Nießbrauch verbundene Vermögensverwaltung entziehen, um dem bürgerlich Todten jedoch die Renten der Gegenstände zu entziehen, mangeln die zureichenden Gründe, da gemeinrechtlich nach l. 10 D. (4. 5) Leibrenten fortbestehen. Der Tod des einen Nießbrauchsberechtigten hindert jedoch nicht den Uebergang des Nutzgenusses an den eventuell dazu Berechtigten, wenn z. B. beim Tode des einen Gatten dessen Eltern noch im Beisitz waren, und der Beisitz sofort erst nach dem Tode dieser Schwiegereltern auf den überlebenden Gatten übergeht.

2) Im Falle der Wiederverehlichung des überlebenden Gatten durch Austritt der Kinder aus dem elterlichen Brode resp. Begründung eines eigenen Hausstandes [1]). In Tit. VII. § 3 heißt

---

[1]) In einem Erk. des A. G. vom 12. Oktober 1865, Nr. 2078, ist über die Beurtheilung des Begriffes „eigener Hausstand" Folgendes ausgeführt: Im Allgemeinen ist der Begriff „eigenen Hausstandes oder eigener Haushaltung" nach den obwaltenden Umständen zu bemessen, so wird es z. B. nicht als eine eigene Haushaltung zu betrachten sein, wenn ein Taglöhner die Kost nicht mehr von seinen Eltern, sondern abwechselnd von denjenigen, bei denen er im Taglohn arbeitet, oder von anderen Leuten erhält, oder auch sich mit seinem Lohne Lebensmittel anschafft, und selbst zubereitet. Es kann insbesondere auf dem Lande von einer eigenen Haushaltung nur dann die Rede sein, wenn für die tägliche Ernährung regelmäßig zu Hause gesorgt ist, und zu diesem Zwecke die erforderlichen Einrichtungen und Mittel vorhanden sind. Unter Umständen kann aber auch das wesentliche Merkmal eines eigenen Hausstandes auf der Absonderung einer Person von dem Hausstande einer Familie liegen, was insbesondere dann von Gewicht sein muß, wenn der Grund des Nutzgenusses des Vermögens der abgesonderten Person Seitens der Eltern, Geschwister ꝛc. ꝛc. in der häuslichen Gemeinschaft, im gemeinsamen Verdienst, und in der gemeinsamen Ernährung lag. — Elterlicher oder vertragsmäßiger N. G. — Nach dem angeführten A. G. E. vom 12. Oktober 1865 ist das, was unter Führung einer eigenen Haushaltung zu verstehen sei, lediglich das Produkt einer vorgängigen Reflexion, d. h. ein Urtheil, welches sich aus der Subsumtion von Thatsachen unter einen juristischen Begriff ergibt. Es kann aber nur Sache der richterlichen Beurtheilung sein, einen Rechtsbegriff aus den erhobenen Umständen zu abstrahiren, aber nicht Gegenstand des Haupt-Eides.

Gerber, Syst. des d. P. R. § 242, nimmt dagegen an, daß die väterliche Gewalt erlösche, wenn das Kind einen eigenen Haushalt anlegt, d. h. ein selbstständiges, aus den Früchten eigener Erwerbsthätigkeit, und durch eigenes Vermögen unterhaltenes Leben anfängt, wohin auch die Stellung eines Kindes als Dienstbote, Handlungsdiener ꝛc. ꝛc. zu rechnen sei. Allein andere Rechtslehrer: Glück, Com. II, § 161 S. 441. — Mittermaier, d. P. R. § 573. — Seuffert, Archiv XI. nr. 52. — Weißke, Rechtslexikon XII. S. 77, sind anderer Meinung; ein Knechtsdienst könne weder als bleibend, noch als ernstlich in der Weise gedeutet werden, daß das Kind auf immer das Haus der Eltern verlassen habe. Die bloße Erklärung des Kindes, einen eigenen Haushalt beginnen zu wollen, genüge nicht, weil das Recht der Eltern auf den Nießbrauch nicht durch eine solche Erklärung, sondern nur durch eine wirklich eingetretene gesonderte Oekonomie aufgehoben werden könne. Dagegen steht der Forderung des Kindes, daß ihm dann wenigstens ein Theil seines Elterngutes zu verabfolgen sei, um die ersten Einrichtungen eines gesonderten Hausstandes vornehmen zu können, die größte Billigkeit zur Seite. (Seufferts Archiv XVII. nr. 257.)

Daß nun durch Verehlichung ein eigener Hausstand begründet wird, kann keinem Bedenken unterliegen; es fragt sich aber weiter, welche Erfordernisse vorauszusetzen sind, um außer dem Falle der Verehlichung die Begründung einer eigenen Haushaltung annehmen zu können, und ob insbesondere hiezu auch im ledigen Stande die Ansässigmachung oder doch die Errichtung eines selbstständigen Hausstandes oder eines eigenen Herdes unerläßlich sei. Im gemeinen Rechte und insbesondere im deutschrechtlichen Herkommen werden Anhaltspunkte zur Beantwortung dieser Frage geboten, denn es ist bezüglich der stillschweigenden Emancipation allgemein angenommen, und hat auch in Statuten Anerkennung gefunden, daß die Aufhebung der väterlichen Gewalt über Söhne durch abgesonderte Haushaltung, und über Töchter jedenfalls durch Verehlichung begründet werde. (Eichhorn, d. P. R. § 316 S. 779. — Mittermaier, d. P. R. § 372. — Glück, Com. Bd. II. S. 397.)

es zwar bis zu deren Mojorennität oder Standesveränderung, woraus zu entnehmen wäre, daß entweder der Eintritt des einen, oder der Eintritt des andern Umstandes dazu genüge; allein aus Tit. VII. §4, so wie aus der Natur der Sache ist zu entnehmen, daß die Beendigung des Nießbrauches durch die Großjährigkeit der Kinder allein nicht herbeigeführt wird, weil damit die mit dem Beisitze verbundene Pflicht der Ernährung der Kinder noch nicht aufhört. (Erkenntniß des Rev.-G. vom 21. Dezember 1787, J. S. Weier gegen Müller.)

Die Fassung des Gesetzes hat indeß doch eine praktische Bedeutung, indem dadurch offenbar angedeutet werden soll, daß die Eltern bis zur Großjährigkeit ihrer Kinder ein Recht auf den Nutzgenuß haben, während den Kindern erst nach Begründung ihrer Selbstständigkeit (wozu von den Eltern Seitens der minderjährigen Kinder die Einwilligung zu erholen ist) zusteht, die Herausgabe ihres Vermögens zu fordern.

In diesen Gesetzesstellen hat das M. L. R. zugleich seine Anschauung über die Entlassung aus der elterlichen Gewalt niedergelegt, welche mit dem gemeinen Rechte dahin übereinkommt, daß a) die Kinder die erforderliche Reife des Alters und Verstandes erreicht haben müssen, um nun für sich selbst sorgen und ihrem Vermögen vorstehen zu können, welcher Zustand nach Tit. V. § 13 nur durch Großjährigkeit oder Verheirathung mit elterlicher Bewillignng vor erlangter Großjährigkeit eintritt; b) daß die Kinder im Stande seien, sich durch Betrieb eines Erwerbes ihren Unterhalt selbst zu verschaffen, oder von ihrem eigenen Vermögen leben können; c) daß sie sich von der Haushaltung der Eltern wirklich, bleibend und in der Absicht absondern, um eine von den Eltern unabhängige Lebensweise anzufangen.

Solange daher die Kinder in der Eltern Brod sind, bleiben sie in deren Gewalt, sie mögen volljährig sein, oder nicht (§ 79), gleichwohl aber berechtigt die Volljährigkeit die Kinder, sich der elterlichen Gewalt in der angegebenen Weise zu entziehen. Bis dieses jedoch geschieht, verbleibt auch den wiederverheiratheten Eltern der Beisitz an ihrem Vermögen. (Vergl. Frankf. Ref. II. 1. § 9.)

3) Durch den Tod der Kinder. Sterben einzelne oder alle Kinder vor den Eltern, so tritt die Erbfolge an deren Vermögen ein

---

Um diese eigene Haushaltung als begründet anzunehmen, ist mehr nicht erforderlich, als daß der Sohn sich seinen Unterhalt selbstständig verdient, wenn der Unterhalt nur ein bleibender ist, und nicht auf einem blos vorübergehenden Verhältnisse beruht; diese Begründung eines eigenen Haushaltes durch selbstständigen Erwerb wird auch schon dann angenommen, wenn der Sohn sich selbst seinen Unterhalt als Dienstbote, Handwerksgeselle Handlungsdiener, Soldat 2c. verschafft. Hiebei schließt sogar das Verbleiben im Hause des Vaters und der Fortbezug kleiner väterlicher Unterstützungen den Begriff des eignen Haushaltes nicht aus. Das Bayr. L. R. Anm. Thl. I. cap. 5 § 7 nr. 4 erklärt es als einen Irrthum, daß eigener Rauch und Herd, besondere Wohnung und Tisch oder Verehlichung zum eigenen Haushalt erforderlich seien, oder daß ein väterlicher Beitrag an Kost, Wohnung, Kleidung, Geld, Naturalien und anderer zur besseren Aushülfe der Kirder dienlicher Vorschub die Separation hindere. Das M. L. R. enthält keine entgegenstehende Bestimmung, vielmehr hindert auch hiernach gemäß Tit. XXX. § 1. 2 selbst die noch bestehende elterliche Gewalt Geschenke der Eltern nicht. Genügt aber der Erwerb selbstständigen Unterhaltes durch Handarbeit zur Absonderung aus der elterlichen Gewalt, so muß er umsomehr hinreichen, um die Auszahlung des Elterngutes ansprechen zu können. Andernfalls würden gering begüterte Kinder oft nie bei Lebzeiten der Eltern zur Forderung ihres Elterngutes berechtigt werden, weil ihnen die Mittel zur eigentlichen Ansässigmachung fehlen. (O. A. G. E. vom 13. Januar 1866, Nr. 126 65/66.)

nach Tit. XIV. § 3. 4. 6 des M. L. R., es hört folglich der Nießbrauch insofern auf, als die Eltern selbst Erben werden, und eine Rechtsvermischung des Eigenthums mit dem Nutzgenuß erfolgt. Der den Geschwistern des verstorbenen Kindes zufallende Erbtheil kommt jedoch neuerdings in die Nutznießung der Eltern, indem er die der Nutznießung nach den bereits erörterten Regeln unterworfenen Güter der übrigen Kinder vermehrt.

4) Selbstverständlich durch Untergang der Sache, an welcher der Nießbrauch bestellt ist.

5) Durch Eintritt des Vaters oder der Mutter in ein Kloster nach Ablegung der Gelübde. (M. L. R. Tit. VII. § 8.)

6) Durch Unterlassung der Inventur Seitens des zur weiteren Ehe schreitenden Elterntheiles. (Tit. VII. § 7, Tit. VI. § 1.)

Eine später und nach Eingehung der Ehe vorgenommene Inventarisirung oder überreichte Specifikation befreit nicht von der Strafe des Verlustes des Nießbrauches, denn durch die Inventur vor der zweiten Ehe soll das Vermögen der ersten Ehekinder vor einer Vermischung mit dem Vermögen der zweiten Ehe und dadurch möglichen Verkürzung bewahrt werden. Welche Wichtigkeit das L. R. auf diese Maßregel legt, geht daraus hervor, daß es in Tit. VI. § 2 eigens den Pfarrern verbietet, solche Leute zu copuliren. Eine Ausnahme von dieser Strafe wurde in der Praxis gestattet, wenn die Unmöglichkeit zu handeln, und eine genügende Entschuldigung nachgewiesen wird, weil auch letztere die Absicht eines Betruges beseitigt. Es wird hiemit zugleich auf den gemeinrechtlichen Grund des Verlustes wegen Mißbrauchs des Nutzgenusses oder absichtlicher Verheimlichung von Vermögensstücken bei der Inventur hingewiesen [1]. (l. 50 D. [36. 1].) (Erk. des Rev.-G. vom 26. Februar 1803, J. S. Czihak gegen Künzer.)

Es kann jedoch die Errichtung eines Inventars auch umgangen werden, wenn sich Eltern und Kinder rechtsverbindlich über die Größe des den letzteren vom verstorbenen Gatten gebührenden Erbtheiles vereinbaren, weil damit der Zweck des Inventares in Bezug auf die Vorkinder erreicht wird. (Erk. des H. G. vom 9. August 1799, J. S. Klug gegen Fischer.)

7) Mißbrauch des Nutznießers insofern dadurch die Vermögenssubstanz in Gefahr geräth, rechtfertigt nach Tit. VII. § 9 die Anordnung einer Caution, und selbst die Entziehung der Verfügung über die Substanz, wenn die Sicherheit sich auf andere Weise nicht erzielen läßt.

Die Entziehung der Renten des Nutzgenusses ist aber damit nicht verknüpft. Ist der Vater dem Concurs unterlegen, so mag dieses als ein Grund betrachtet werden, ihm die Verwaltung des Vermögens der

---

[1]) Das M. L. R. erläßt in Tit. VI. § 5, Tit. VII. § 9 nur jenen Eltern die gemeinrechtliche Pflicht der Sicherheitsleistung und Rechnungsstellung über das ihrer Verwaltung kraft der elterlichen Gewalt unterstellte Vermögen der Kinder, welche daran den Nutzgenuß haben. Wird dieser Nutzgenuß nach Tit. VII. § 7 verwirkt, so tritt auch die gemeinrechtliche Pflicht der Caution und Rechnungsablage ein, weil dann die Eltern nur noch die Vermögens-Verwalter sind, und die Kinder ohnedieß schon nach Tit. XXII. § 5 und 6 ein stillschweigendes Pfandrecht auf das gesammte Vermögen des überlebenden Elterntheiles wegen dieses Verwaltungsrechtes haben.

minderjährigen Kinder zu benehmen, indem durch den Concurs immerhin eine Vermuthung einer nicht wohlgeordneten und genügend vorsichtigen Administration seines eigenen Vermögens begründet wird. (Erk. des Rev.=G. vom 12. August 1798, J. S. Mohr gegen Mohr.)

8) Durch Ehescheidung geht das Recht des überlebenden Gatten auf den Beisitz verloren, weil sogar dem unschuldigen Gatten nach getrennter Ehe jedes Intestat=Erbrecht an dem Vermögen des schuldigen Theiles entzogen wird. (Glück, Com. Bd. 27 S. 95 § 2271.)

Es ist dabei gleichgültig, ob der ehliche Nießbrauch auf dem Gesetz, oder auf Vertrag oder Testament beruht, weil alle ehlichen Vortheile (lucra nuptialia) durch die Scheidung verloren gehen. (Glück, l. c. S. 94.)

§ 183.

Folgen der Beendigung des Nießbrauches.

Nach beendigtem Nießbrauch sind die demselben unterworfenen Objekte auf Verlangen der Kinder an diese auszuhändigen (M. L. R. Tit. VII. § 4), und zwar in dem Zustande, wie sie sich durch regelrechte Benutzung gestaltet haben — für regelwidrige Benützung oder schuldhafte Entwerthung ist nach den bereits entwickelten Grundsätzen Ersatz zu leisten.

Ueber die Nutzungen haben die Eltern keine Rechnung zu stellen. (L. R. Tit. VI. § 5.) Die ausstehenden Früchte und die Wein=Crescenz jenes Jahres, in welchem die Vermögensauslieferung an die Kinder erfolgt, gebühren noch dem überlebenden Elterntheile. (M. L. R. Tit. VII. § 7.)

Titulus VIII.

Von Testamenten und letzten Willensverordnungen, und über was ein zur weitern Ehe schreitender Vatter oder Mutter nicht willkührlich verordnen kann.

§ 1.

Wer ein Testament machen könne

„Testamenten mögen alle Diejenige machen, denen es „in Rechten nicht verbotten ist, also können Elteren und Kinder „testiren, jedoch müssen von denen Kinderen die Söhne „wenigstens 14, die Töchter aber 12 Jahre vollkommen haben, „ohnangesehen der Kinder Vatter oder Mutter noch lebe, oder „nicht, wann sie nur etwas eigenthümliches besitzen, obschon „ein anderer annoch den Nießbrauch davon hätte, jedoch diesem „ohnschädlich; Ferner die Einheimische und Ausländische, wes „Stands sie seien, und zwar auch diejenige, so zuweilen blöd „und wahnsinnig, wann sie nur zu der Zeit, da sie testiren, „bei Verstand seynd, wie nicht weniger Gesund und Kranke, „wann sie nur noch bei guter Vernunfft seynd, und ihren „Willen hinlänglich erklären oder an Tag geben können."

§ 2.

Wie außerhalb Gericht ein geschriebenes aufzunehmen.

„Ein Testament oder letzte Willensverordnung kann „vor zwei Gerichtsleuten und einem Gerichts-Schreiber ausser- „halb Gericht, es seie ein schon geschriebenes verschlossenes „oder offenes Testament, aufgenommen werden;"

ein mündliches zu errichten.

„Wolte aber die testirende Person ihre letzte Willens- „Verordnung mündlich daher sagen, so solle diesen also er- „öffneten letzten Willen der Gerichts-Schreiber, oder bei dessen „Abwesenheit, ein noch weiters zuzuziehende dritte des Schrei- „bens kundige Gerichts-Person, im Beysein zweier Gerichts- „Schöffen niederschreiben, und wann alles hingeschrieben, „nochmahlen vorlesen, nachgehends aber, es seie vor oder nach „dem Hintritt des Testirenden, dieses Testament in eine ge- „wöhnliche Form bringen, solches eigenhändig unterschreiben, „auch von denen zwei dabeigewesenen Gerichten ihre Nahmen „mit eigener Hand darunter schreiben, und von dem Schultheißen „des Orths das Gerichts-Siegel darauf drucken lassen."

§ 3.

ein verschlossenes dem Gericht zu übergeben
was weiters dabei zu beobachten,
wer solches zu verwahren,
oder wem zu extradiren seie.

„Wann nun einer ein verschlossenes Testament dem „sitzenden Gericht, oder zweyen Schöffen und dem Gericht= „Schreiber, ausserhalb des Gerichts, übergäbe, und dasselbe „bei denen Gerichts=Acten verwahren zu lassen begehrte, solle „der Gerichts=Schreiber alsogleich das Praesentatum darauf „notiren, und dabei schreiben, wer es übergeben, auch dem= „nächst von dem Schultheiß das Gerichts=Siegel darauf „drucken lassen, sofort ad Acta legen."

„Wollte es aber der Testator wieder zuruck haben, so „kan es ihme auch (wann es also ausgefertiget) wieder „gegeben, oder auch, auf dessen Begehren, seinen Erben zu= „gestellet werden."

§ 4.

wie eines vor drei Zeugen zu machen.

„Wolte oder könte aber jemand ein oberwehnter massen „einzurichtendes gerichtliche Testament nicht machen, und „gleichwohln testiren, so mag derselbe seinen letzten Willen „auch nur vor drei ehrlichen Zeugen, jedoch alle männlichen „Geschlechts, eröffnen, schreiben oder beschreiben lassen, jedoch „soll er und die drei Zeugen alsdann solch Testament eigen= „händig unterschreiben."

wann der vierte Zeug erfordert wird.

„Im Fall aber der Testirer des Schreibens unerfahren, „so soll statt desselben der vierte Zeug darzu gebrauchet, und „von diesem das Testament unterschrieben werden."

§ 5.

Das von einem Blinden erfordert fünff Zeugen.

„Wann aber einer, der seines Gesichts beraubt ist, „ein Testament zu machen willens wäre, der solle entweder „auf obige Arth gerichtlich testiren, oder jedoch sich 5 Zeugen „gebrauchen."

§ 6.

ist gültig ohne Siegelung.

„Es solle auch deswegen kein Testament angefochten „werden können, weilen es von dem Testatore oder denen „Zeugen nicht besiegelt worden, sondern gültig sein, wann es „nur von dem Testirenden und denen Zeugen, wie hievor „verordnet worden, unterschrieben ist."

§ 7.

Die Zeugen sollen alle zugleich zugegen sein

„Jedoch sollen die Zeugen bei Errichtung einer solchen „letzten Willens=Verordnung alle sambt und zugleich zu= „gegen sein."

und zu gleicher Zeit unterschreiben.

„Wann aber jemand seinen letzten Willen schrifftlich „eröffnet, alsdann sollen die Zeugen denselben insgesambt zu „gleicher Zeit und in aller ihrer Gegenwart unterschreiben."

§ 8.

Die Eheleut können gesamter Hand testiren, und wie,

„Denen Eheleuten ist gleichfalls auf obige Form allen „beiden in einem Testament zugleich ihre letzte Willens-„Verordnung zu verfassen zugelassen, worinn sie nach ihrem „Gefallen disponiren können oder mögen, wann sie nur ihre „Elteren oder Kinder in legitima, das ist: dem Pflicht-„Theil, instituiret und eingesetzet, oder aus erheblicher in „gemeinen Rechten bewährten Ursach (welche in einem solchen „Testament ausdrücklich zu benennen ist) von der Verlassen-„schaft ausgeschlossen haben."

§ 9.

Über was und wie in zweiter Ehe,

„Was eine Frau, so zur andern Ehe geschritten, von „ihrem Mann oder Kinder voriger Ehe empfangen, das muß „sie denen Kinder voriger Ehe nach ihrem Tod überlassen, „und ist darüber zu testiren nicht befugt, es geschehe dann „unter die Kinder derselben voriger Ehe."

„Was wegen derer zum andernmahl heurathenden „Weiber dahier verordnet worden, das hat auch bei denen „zur weitern Ehe schreitenden Männern gleiche Beschaffenheit.

§ 10.

Stief-Vatter oder Mutter kan mehr nicht als ein Kind erster Ehe bekommen.

„Hätte aber eine Person, so in weitere Ehe geschritten, „mehr als einen Kinds-Theil seinem Ehe-Gatten (es seye „auf was Weiß es wolle) zugelegt, so wachset dasjenige, so „darüber ist, denen Kinder voriger Ehe allein zu, unter „welche es in gleiche Theil zu vertheilen, und soll erwehntes „Kinds-Theil nicht größer sein, als eines deren Kinder „voriger Ehe Theil ist, welches den kleinsten Theil bekommen „wird."

§ 11.

Der Eigenthums-Herr kann ungehindert testiren.

„Instituirte einer jemand in dem Nießbrauch aller „seiner Güter, oder legirte ihm denselben nur, und setzte „einen anderen zu seinem Erben nach des Usufructuarii Tod „ein, so solle die Vermächtnuß gehalten werden, und trans-„feriret der, deme das Eigenthum zugeleget ist, diese Ver-„lassenschafft und das darauf habende Recht auf seine Erben, „obschon er vor dem Usufructuario verschieden wäre."

§ 12.

Der vermachte Nießbrauch hindert den Erben ab intestato nicht.

„Setzt einer seine Frau oder jemanden in den Nieß-„brauch aller seiner Güter und Vermögen ein, über das „Eigenthum aber ordnete er nichts, so gebühret dasselbe dessen „Erben ab intestato.

§ 13.

Es ist kein Nießbrauch vor bezahlten Schulden.

„Verließe einer Schulden und vermachte einem den „Nießbrauch aller seiner Güter, einen andern aber setzte „er ein zu seinem Erben, so muß der Erb die Schulden „allein bezahlen, jedoch aus des Testirers Verlassenschaft, und „was alsdann übrig bleibt, darauf hat der andere den „Nießbrauch."

§ 14.

Wie Eltern unter eigenen Kindern testiren können.

„Deren Elteren Testamenten unter ihren alleinigen Kin„der, und ohne Einmischung einer andern oder fremden Per„son, seind gültig, obschon gar kein Zeug dabei gewesen, „wann nur so viel erhellet, daß dieses ihr letzter Will, und „daß dieser ganz vollkommen gewesen; Wären sie aber vor „gänzlicher Verfertigung solcher Disposition vom Tod über„eilet worden, ist sie ungültig."

§ 15.

Das Pflicht-Theil muß ihnen hinterlassen werden.

„Eine Gleichheit unter denen Kinder zu halten, oder „nicht, stehet denen Eltern frei, jedoch daß sie keinem weniger „als ein Pflicht-Theil überlassen.

§ 16.

Die Gültigkeit hangt von dem Ort der Errichtung ab.

„Ist ein Testament außerhalb Unseren Churfürstlichen „Landen gemacht worden, nach dasiger Orthen Lands-Ordnung „oder Gewohnheit, allwo es der Testator errichtet, so ist „selbiges auch gültig, so viel die in Unseren Landen gelegene „Güter und Vermögen betrifft."

§ 17.

Wie der Testirer seine Erben an Tag gebe.

„Ob der Testator selbsten sage, wer sein Erb sein solle, „oder auf eines anderen Befragen hierinnfalls seinen Willen „erkläre, und klärlich an Tag gebe, ist eines wie das andere „gültig."

§ 18.

Wann es nicht als ein schriftliches, kann es doch als ein mündliches bestehen.

„Wann jemand willens ist, ein schrifftliches Testament „zu machen, und ruffet zu dem Ende die hieroben erforderte „Zeugen, diesen auch mündlich eröffnet, was eigentlich sein „letzter Will seie, oder ehbevor dieses Testament zu Papier „gebracht, und ausgefertiget worden, verstirbt, mithin dieses „als eine schrifftliche letzte Willens-Verordnung nicht stehen „könnte, so bleibt dieses jedoch als eine mündliche letzte „Willensverordnung gültig."

§ 19.

Man kann über das ganze oder nur einen Theil des Vermögens testiren.

„Wir wollen auch, daß einem jeden frei stehen soll, „über seine ganze Verlassenschaft, oder nur einen Theil von „derselben in seiner letzten Willens-Verordnung zu disponiren, „ohne daß er darinn einen oder mehrere Universal-Erben „einsetze, allermassen dann all- und jederzeit die Clausula „codicillaris, obschon im Testament kein Wort davon gedacht „worden, darinnen verstanden werden solle, daß nehmlich „dasjenige, oder derjenige Theil, wovon der Testirer in seinem „Testament nicht gedacht, seinem nächsten Anverwandten, oder „welche sonsten ab intestato succediren, und zwar ohne Ab-„zug der Falcidiae oder Trebellianicae zufallen solle."

§ 20.

Wann die Legatarii Schulden zu bezahlen schuldig.

„Wann aber einer soviel Particular-Vermächtnussen in „seiner letzten Willensverordnung machte, daß die ganze Ver-„lassenschaft entschöpfet würde, also, daß kein eigentlicher Erb „vorhanden, dahingegen Passiv-Schulden auf der Erbschafft „hafften, so sollen sothane Legatarii, und zwar jeder nach „Proportion dessen, so ihme vermacht worden, auch die „Schulden zahlen helffen, wann sie aber ein Inventarium „über die Verlassenschafft gebührend aufgerichtet, alsdann sie „über den Werth der Vermächtnuß Schulden zu zahlen nicht „gehalten sein sollen."

§ 21.

Alle übrige letzte Willen erfordern 3 oder 4 Zeugen.

„Alle übrige Gattungen eines letzten Willens, oder Ver-„mächtnussen, Schankungen auf dem Todts-Fall, und „Particular-Fideicommissen sollen ihre gute und unverwerff-„liche Richtigkeit haben, wann solche der Disponirende „eigenhändig unterschreibet, und von dreien Zeugen unter-„schreiben lasset, oder falls der, welcher solche zu errichten „willens, des Schreibens unerfahren wäre, so solle alsdann „statt seiner annoch der vierte Zeuge dazu gezogen, und das „also errichtete zu recht beständig geachtet werden."

---

§ 184.

Einleitung.

Das M. L. R. behandelt in Tit. VIII. mit XVII. das Erbrecht, nämlich die Regeln der Testaments- und Intestaterbfolge, soweit es eine Abweichung vom gemeinen Rechte, oder eine Entscheidung von Controversen desselben für nöthig erachtet hat. Den Uebergang zu diesen Lehren bildet der vorausgehende Tit. VII., welcher zwar mit Nießbrauch überschrieben, aber eigentlich die Erbrechte der Ehegatten zu ordnen bestimmt ist.

Im Allgemeinen ist das römische Recht auch im M. L. R. die Grundlage geblieben, jedoch hat es sich bezüglich der Grundbestimmung des römischen Rechtes, daß niemand theilweise über seinen Nachlaß verfügen könne, und sohin durch jede Erbeinsetzung der ganze Nachlaß als dem eingesetzten Erben zugewendet betrachtet wird, der deutschrechtlichen Anschauung der Familienverbindung genähert, indem es neben der testamentarischen Bestimmung auch die Intestaterbrechte fortbestehen läßt, solange nicht in ersterer Weise über das ganze Vermögen des Testators Verfügung getroffen ist. Mit theilweiser Consequenz wurden dabei jene Bestimmungen des römischen Rechtes auch vom M. L. R. beibehalten, welche der Willkühr des Testators gegenüber die einzigen Schutzmittel der nächsten Familienglieder geworden waren. Es muß nämlich auch nach M. L. R. der suus heres, sobald ein Testament gültig errichtet werden soll, entweder eingesetzt, oder aus gesetzlichen Ursachen enterbt werden, widrigenfalls ihm das Recht bleibt, durch die querela inofficiosi testamenti wegen gänzlicher Beiseitesetzung der Familienbande, wegen der dadurch an den Tag gelegten unnatürlichen Lieblosigkeit und den Familiengliedern zugefügten Schmach, den Erblasser nach einer gesetzlichen Fiktion für einen zur Testamentserrichtung unfähigen Wahnsinnigen zu erklären, und so das Testament zu vernichten, sobald für die Enterbung kein hinreichender Grund gefunden werden kann. Ebenso wie im römischen Rechte ist diese Klage auf bestimmte Personen (Ascendenten, Descendenten und Geschwister), und auf einen bestimmten Betrag (Pflichttheil) eingeschränkt.

So wurde das älteste deutsche Recht, welchem Testamente so unbekannt waren, daß die deutsche Sprache nicht einmal ein ächt deutsches Wort dafür besitzt, allenthalben verdrängt, und an die Stelle des unbedingten Erbrechtes der Familie das römische Notherbenrecht gesetzt, in welches jedoch auch die Ehefrau mit ihrer portio statutaria hineingezogen wurde. Diese Verhältnisse sind für das Kurmainzer Gebiet nicht erst durch das L. R. geschaffen, sie waren wohl längst durch Gewohnheit und den Landbrauch begründet, und fanden nur im Gesetze von 1755 ihren Ausdruck.

Der römische Grundsatz von der Universalität der Erbschaft, nach welchem das ganze Vermögen eine einzige Masse war, die auf den Erben überging, so daß dieser völlig den Verstorbenen repräsentirte, konnte in Deutschland keine Geltung erlangen, weil es dort verschiedene Vermögensmassen gab, in welche aus besonderen Gründen succedirt wurde. Bei dem Familienstammgute trat z. B. der strenge Grundsatz der Familienverbindung ein, während bei dem beweglichen Vermögen oder bei dem erworbenen Gut eine freiere Verfügung stattfand. Hieraus folgte, daß bei verschiedenen Erbschaftsmassen auch verschiedene Personen erbfähig sein konnten, z. B. die Weiber. Hieraus erklärt sich ferner, warum später, als auch in Deutschland die testamentarische Erbfolge bekannt wurde, der Grundsatz »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« [1]), da, wo das

---

[1]) Die Aufhebung dieses Grundsatzes kann nicht als eine besondere Eigenthümlichkeit des M. L. R. betrachtet werden, nachdem darüber, ob diese Rechtsregel überhaupt in Deutschland gilt, Streit besteht, und die Mehrheit der Juristen diese Frage verneint. (Griesinger, Fortsetzung von Danz, Bd. IX. S. 97—103. —

Stammgutsystem sich erhielt, nicht zur Wirkung gelangte, da bei dem Stammgut die Intestaterbfolge, und bei dem übrigen Vermögen die Testamentserbfolge vorkommen konnte [1]).

Dieser die Grundlage des römischen Erbrechtes bildende Satz ist in Tit. VIII. § 19 des M. L. R. aufgehoben (§ 199), indem es jedem frei stehen soll, über seine ganze Verlassenschaft, oder nur einen Theil derselben letztwillig zu verfügen.

Damit hängt die ebenfalls in Tit. VIII. § 19 des M. L. R. vollzogene Aufhebung des weiteren römischen Grundsatzes zusammen, nach welchem durch ein Testament ein Erbe an die Stelle des Erblassers gesetzt werden mußte, und die Grundlage eines Testamentes die Erbeinsetzung war. Mangelte diese, so stürzte der ganze Akt in seinen Grundfesten zusammen, während nach unserem Statut die Benennung eines Erben im Testament (§ 199) ganz unterbleiben kann, so daß neben den darin angeordneten Vermächtnissen die Intestaterben als wahre Erben erscheinen, und auf sie alle die damit verbundenen Folgen anwendbar werden.

Die Ernennung zum Erben war gemeinrechtlich ein Ehrentitel, daher die Nothwendigkeit, alle jene zu Erben einzusetzen, die zu einem Pflichttheile berechtigt waren; und da dieser Titel kein leerer Namen sein sollte, wurde die quarta Falcidia rücksichtlich der Vermächtnisse, und die quarta Trebellianica in Ansehung der Fideicommisse erfunden.

Das M. L. R. hat die Lehre von der testamentarischen Erbfolge dem Intestaterbrechte vorgesetzt, weil letzterem der freie Wille des Erblassers gegenübersteht, welcher wie in allen übrigen Verfügungen über das der freien Veräußerung unterworfene Vermögen auch bei letztwilligen Dispositionen soweit anerkannt werden muß, als die Gesetze denselben nicht ausdrücklich bezüglich der Notherben beschränken.

§ 185.

Von wesentlichem Gewicht ist die Entscheidung der Frage, ob das M. L. R. entschöpfende Vorschriften über die Testamente enthalte,

---

Mittermeier, d. P. R. § 384. — Maurenbrecher, § 547. — Huschke, Rhein. Mus. Bd. VI. nr. 8 S. 366 ff. — Hasse, Beiträge zur Theorie der ehl. Güt. Gem. S. 135 § 38 not. 1.)

Wenngleich die im deutschen Erbrechte vorkommende Trennung der Vermögensmasse die Idee an sich nicht ausschloß, daß als der eigentliche Universalerbe der zu betrachten sei, welcher den unbestimmten Theil des Nachlasses erhielt, so hinderte sie doch das Aufkommen jenes Grundsatzes, welcher dadurch Vieles von seiner praktischen Bedeutung verlieren mußte. Gerade jene Statute, welche es darauf anlegten, die mit den gangbaren Rechtsansichten nicht übereinstimmenden Lehren des römischen Rechtes aufzuheben oder abzuändern, haben jene Rechtsregel ausdrücklich verworfen, z. B. Preuß. L. R. Thl. I. Tit. 12 § 45. — Oestr. Ges. Bch. Thl. II. Hptst. VIII. § 534. — Glück, Com. Bd. 38 S. 81.

Wenn nun auch der fragliche Fundamentalsatz des römischen Erbrechtes im M. L. R. aufgehoben ist, so ist dieses Gesetz doch nicht soweit gegangen, consequent zu folgern, daß der Nachlaß zum Theil nach dem Inhalte des Testamentes zum Theil zu Gunsten der Notherben vertheilt werde, vielmehr wurde gerade bezüglich der Eltern und Kinder in Tit. IX. § 4 festgehalten, daß deren Uebergehung im Testament, letzteres völlig ungültig mache. (§ 235.)

[1]) Splitgerber, de successione ab intestato ex antiquis Germanorum moribus explicita, p. 40. — Maurenbrecher, d. P. R. Thl. II. S. 497.

so daß alle jene Vorschriften des gemeinen Rechtes, welche in unserem Statute nicht erwähnt sind, bei Errichtung und Beurtheilung von Testamenten auch nicht zu beachten wären.

Aus dem Umstande, daß das M. L. R. wesentlich einfachere Testamentsformen als jene des römischen Rechtes festsetzte, läßt sich allerdings folgern, daß auch das M. L. R. gleich wie verschiedene andere Statutarrechte die Schwierigkeiten des römischen Rechtes für den gemeinen Mann erkannte, und wesentliche Vereinfachung für nöthig erachtete. Allein demungeachtet wollte das M. L. R. nach den klaren Worten des Einführungsgesetzes: „wo im L. R. keine ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung geschehen ist, solle es bei denen gemeinen Rechten belassen werden", welche für alle Titel des Statutes unausgeschieden gelten, die Subsidiarität des gemeinen Rechtes nicht aufheben. Hierauf verweist auch Tit. VIII. § 1: „Testamente mögen Alle diejenigen machen, denen es in Rechten nicht verboten ist".

Wenn nun ferner das Statut an verschiedenen Stellen gerade jene Punkte bezeichnet, in welchen es Abänderungen des gemeinen Rechtes treffen wollte, z. B. Tit. VIII. § 4 Abs. 1 betreffs der Anzahl der Testamentszeugen, § 6 wegen Untersiegelung ꝛc. ꝛc., anderseits aber eine Menge von Sätzen unberührt läßt, welche zur Vollständigkeit der ganzen Lehre absolut hätten erörtert werden müssen, z. B. über den Einfluß von Irrthum, Zwang, Betrug, über den Vollzug der Testamente ꝛc., so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß das römische Recht nicht nur auf die völligen Lücken des Gesetzes anzuwenden ist, sondern auch zur Interpretation jener Stellen benützt werden muß, welche durch ihren Wortlaut nicht entschöpfend sind, soweit nämlich dieser Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des gemeinen Rechtes nicht widerstreitet.

Auch nach der Theorie des deutschen Privatrechtes wird angenommen, daß die deutschen Testamente, nachdem sie einmal in Deutschland heimisch geworden sind, nach römischem Rechte beurtheilt werden müssen, und daß, wenn auch in einem Statutarrechte einzelne Lehren von den Testamenten abgehandelt sind, doch angenommen werden muß, der Gesetzgeber habe sich vom römischen Rechte nicht weiter entfernen wollen, als er es ausdrücklich erklärt hat. (A. G. E. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

I. Begriff und Arten eines letzten Willens.

§ 186.

A. Begriff.

Nach M. L. R. ist Testament übereinstimmend mit den Lehren des gemeinen Rechtes ein seinem Wesen nach widerruflicher Akt (M. L. R. Tit. XIII. § 3), durch welchen jemand für die Zeit seines Todes über alle oder einzelne Theile der Güter verfügt, welche er zu dieser Zeit hinterlassen wird, so daß dieser Akt bei Lebzeiten des Testators eigentlich nur ein Entwurf jener Verfügungen ist, welcher erst mit dem Tode wirksam wird.

Von dem Erbvertrag unterscheidet sich das Testament dadurch, daß es eine einseitige Verfügung ist, wobei man nicht die Absicht hat, sich verbindlich zu machen, und welche daher bei Lebzeiten des Disponenten Niemand das Recht zur Annahme gibt. (Glück, Com. Bd. VI. § 542 S. 557.)

Ferner ist jedes Testament ein bis zum Tode absolut widerruflicher Akt, so daß niemand sich dieses Rechtes des Widerrufes entäußern kann, selbst wenn er darauf ausdrücklich verzichtet, oder spätere Testamente im Voraus für ungültig und unwirksam erklärt hätte (M. L. R. Tit. XIII. § 3), während ein Erbvertrag nur mit Einwilligung der Contrahenten abgeändert oder gelöst werden kann.

Nach römischem Rechte gehörte zu dem Begriffe eines Testamentes unbedingt die direkte Erbeseinsetzung, durch Tit. VIII. § 19 des M. L. R. ist jedoch hierin dem Testator völlig freie Hand gelassen.

Das M. L. R. verlangt daher nach Tit. IX. § 2 auch nicht die förmliche Benennung des Erben als solchen da, wo wirklich ein Erbe eingesetzt wird, sondern es genügt die Bezeichnung „Verlassen, Vermachen, Haben, Uebergeben" ꝛc.

Wenn nun zwar das M. L. R. hiemit das römischrechtliche Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer in äußerlich erkennbarer Form vernichtet hat, so können doch die Folgen und Wirkungen, welche mit dem Begriffe des Testamentserben als Repräsentanten des Erblassers nothwendig verknüpft sind, unmöglich getilgt sein, weil alsdann alle damit zusammenhängenden, im M. L. R. gar nicht erwähnten Lehren, eine vom gemeinen Rechte ganz abweichende Gestaltung gewinnen müßten.

Der fragliche Unterschied ist daher im Wesen des ausgedrückten Willens zu suchen, und darnach ist dann auch zu bemessen, ob man es mit einem eigentlichen Testamente, oder nur mit einem Vermächtniß in Form eines Testamentes zu thun hat, neben welchem die Intestaterbfolge (M. L. R. Tit. VIII. § 19) fortbesteht.

Dieses in der Wesenheit des letzten Willens gelegene Unterscheidungsmerkmal zwischen Erben und Vermächtnißnehmer ist in Tit. VIII. § 20 angedeutet mit den Worten: „Wann aber einer soviele Partikular-Vermächtnisse in seiner letzten Willensverordnung machte, daß die ganze Verlassenschaft entschöpft würde, also daß kein eigentlicher Erbe vorhanden" ꝛc. ꝛc. Der Begriff des eigentlichen Erben ist hier gleich wie im gemeinen Rechte dem Partikular-Vermächtnißnehmer gegenüber gestellt, und hierauf sind daher auch die Grundsätze des gemeinen Rechtes über testamentarische Verordnungen unter einem Universaltitel (Titel der Erbschaft) oder unter einem Partikulartitel (Titel des Vermächtnisses) anzuwenden.

Jede dieser Verordnungen, sie sei unter dem Namen einer Erbeinsetzung, oder unter dem Namen eines Vermächtnisses geschehen, hat also nach M. L. R. ihre Wirkung nach den für die Universalvermächtnisse (Erbschaften), oder für die Partikular-Vermächtnisse (Legate, Fideicommisse) gemeinrechtlich bestimmten Regeln [1]).

---

[1]) Wird jemand in einem Testamente zu einem bestimmten (aliquoten) Theile des ganzen Vermögens oder zum ganzen Vermögen selbst berufen, so ist er

Hieraus folgt: Wenn der Erblasser nur über gewisse Stücke, Summen, oder Antheile seines Nachlasses verordnet hat, so gelangt das Erbrecht, weil es eben an einer Erbeinsetzung fehlt, auf die gesetzlichen Erben, und die im Testament oder Codicill berufenen Personen sind, wenn sie auch Erben genannt sein sollten, als blose von den Intestaterben anzuerkennende Legatare (§ 261) anzusehen. Ebenso sind Miterben, welchen gewisse Sachen oder Summen voraus zugewiesen wurden, in Ansehung derselben als Legatare zu betrachten. Endlich ist auch derjenige, welchem eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zu seinem Erbtheil ausdrücklich festgesetzt wurde, im Verhältniß gegen die übrigen Erben als bloser Legatar zu behandeln. Dieses gilt auch, wenn einer Person, welcher der Pflichttheil hinterlassen werden muß, als Aequivalent desselben eine bestimmte Summe oder Sache angewiesen ist. Die Pflicht des Testators ist damit gegen diese Person erfüllt, aber sie erscheint doch, obgleich sie als Erbe eingesetzt werden muß, nicht als Erbe.

§ 187.

B. Arten der Testamente.

Die verschiedenen Erfordernisse, welche die Gesetze für das rechtliche Bestehen eines letzten Willens überhaupt und insbesondere eines Testamentes angeordnet haben, betreffen entweder deren äußere Form (solemnia externa), d. h. deren Gestalt als eine sinnlich wahrnehmbare Darstellung einer Willensmeinung, oder deren Inhalt, innere Form

---

wirklicher Erbe; erhält er aber nur eine bestimmte Sache aus diesem Vermögen, so ist er Vermächtnißnehmer (Legatar). (Thibaut, Syst. d. P. R. § 819. 820. — l. 6 J. [2. 14], l. 12 D. [28. 5], l. u. § 5 C. [6. 51]. pr. § 1 J. [2. 24] § 5 J. [2. 23].) In letzterem Falle hat er weder für die Schulden des Nachlasses, also auch nicht für die ausgesetzten Vermächtnisse zu haften, wohl aber muß er sich den Abzug der Quarta Falcidia gefallen lassen. (O. A. G. E. vom 16. Mai 1853 Nr. 663 55/56. — Vangerow, Leitf. § 149 Anm. 2. — Glück, Com. Bd. 40 S. 169—177. — Bl. f. R. A. Bd. 18 S. 53.)

Auch in Tit XV. § 4 u. XVII. § 1 u. 5 des M. L. R. ist dieser gemeinrechtliche Unterschied zwischen Universalsuccessoren (Erben) und Singularsuccessoren (Vermächtnißnehmer) ausdrücklich ausgeprägt. (§ 260.)

Wenn hiernach der Testator sagt: ich setze den N. N. zu meinem Erben in meinem ganzen Vermögen ein, oder auch: ich vermache dem N. N. mein ganzes Vermögen, so ist dieses ein Universal-Vermächtniß, oder eine Erbeinsetzung zum ganzen Vermögen.

Sagt der Testator: ich vermache dem N. N. die Hälfte, 1/3, 1/4 meines ganzen Vermögens, so ist dieses ein Vermächtniß unter einem Universaltitel, und der Vermächtnißnehmer ist wirklicher Erbe.

Sagt der Testator: ich setze den N. N. auf mein Gut zu N. zum Erben ein, oder ich hinterlasse dem N. N. eine Summe von 1000 fl., so ist dieses ein Partikular-Vermächtniß (Legat), wenn gleich die Bezeichnung „Erbe“ gebraucht ist, oder das Legat oft in der Wirklichkeit die Hälfte 1/3 oder 1/4 rc. des Vermögens des Testators übersteigt.

Sagt der Testator einfach: ich setze den N. N. zu meinem Erben ein, oder ich will, daß der N. N. mein Legatar sei, ohne zu bestimmen, für welchen Theil des Vermögens er es sein soll, so ist dieses eine Universal-Disposition, und muß deßwegen auf das Ganze sich erstrecken, weil der Testator die Eigenschaft des Erben oder Legatars und den Umfang ihrer Rechte nicht beschränkt hat.

(solemnia interna), nämmlich Bestimmtheit des Willens, Erbeinsetzung und Testamentsfähigkeit.

Zu den Zufälligkeiten eines Testamentes gehören die Anordnungen von Vermächtnissen, Vormundschaften ꝛc., weil diese vorhanden sein, oder fehlen können.

Nach der äußeren Form ergeben sich zwei Hauptabtheilungen:

I. Privattestamente,

II. öffentliche Testamente.

Diese zerfallen dann wieder: a) in eigentliche Testamente oder Codicille, b) in einfache und gemeinschaftliche Testamente.

I. Privat-Testamente.

§ 188.

Für Privattestamente im Gegensatze zu den unter der Autorität eines Gerichtes errichteten Testamenten muß entweder die regelmäßige Form eingehalten, oder es kann auch bei besonderen Testamenten eine davon abweichende Form beobachtet werden. Letztere erfordert entweder vermehrte Förmlichkeiten, wie z. B. das Testament eines Blinden, oder weniger Förmlichkeiten, z. B. das Testament der Eltern unter Kindern, Testamente zur Pestzeit ꝛc. Außerdem sind Privattestamente entweder schriftliche oder mündliche [1]).

§ 188 a.

1) Allgemeine Erfordernisse der Privattestamente.

a) Von den Testamentszeugen.

Die regelmäßige Form der Privattestamente erfordert:

1) Nach Tit. VIII. § 4 u. 7 des M. L. R. die gleichzeitige Gegenwart von drei männlichen Zeugen. Während das römische Recht 7 Zeugen erfordert (l. 21 C. [6. 23]), begnügt sich das M. L. R. mit der im canonischen Rechte bestimmten Zahl. (cap. 10 X. de testam.)

---

[1]) Die Privat-Testamente waren nicht die ursprüngliche Form des Rheingaues, sondern bis ins 16te Jahrhundert wurden alle letzten Willensverordnungen gerichtlich vor dem Schultheißen und wenigstens zwei Schöffen errichtet. Ihre Form war höchst einfach, und die Beurtheilung derselben mehr auf Biedersinn und Billigkeit, als auf strenges Recht und Schrauben gebaut. Wer irgend etwas auf den Todesfall hinterlassen wollte, mußte gesunder Vernunft sein, und um dieses zu bewähren, ungehabt und ungestabt zur Straße gehen. Sie wurden insgesammt von dem Gerichte durch Friede und Bannwirken bestärkt, waren jedoch dabei, wenn sich der Erblasser nicht zum Gegentheil, und zwar gewöhnlich unter einer bestimmten Straffumme, verbunden hatte, noch stets wiederruflich. Häufig erscheinen darin bereits im 14ten, 15ten Jahrhundert die Verordnungen, daß nicht nur die mit Brüdern concurrirenden Kinder des vorverstorbenen Bruders, sondern auch weiterhin dessen Enkel ꝛc. succediren sollen, und man bezieht sich hiebei gewöhnlich auf ein

Ein solches Testament muß von dem Testator und den Zeugen eigenhändig unterschrieben werden. Die Beidrückung der Siegel dieser Personen ist nach Tit. VIII. § 6 außer dieser Unterschrift nicht nothwendig. Würden aber dem Testamente noch Siegel angehängt oder beigedruckt, und diese abgerissen oder unkenntlich, so soll nach Tit. XIII. § 13 des M. L. R. das Testament dennoch bestehen, es sei denn, daß der Testator dieselben absichtlich und jedenfalls mit dem Vorsatze, das Testament zu vernichten, abgerissen oder zerrissen hätte.

Die Erbittung der Zeugen berührt das Statut nur in Tit. VIII. § 18, und über die Qualität der Zeugen enthält das Statut keine Bestimmungen, sie sind daher aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen. Hierüber ist Folgendes zu bemerken:

a) Bezüglich der Verfügung in § 18 „Wann jemand Willens ist, ein schriftliches Testament zu machen, und rufet zu dem Ende die hier oben erforderte Zeugen", ist es einleuchtend, daß nicht jeder, welcher ein Testament machen will, im Stande ist, die Zeugen selbst zu sistiren oder zu rufen. Es muß ihm daher gestattet sein, die Zeugen rufen zu lassen. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Testator gerade nebstdem wählen müsse, wer beim Testirakt zugegen sein soll, denn sonst würde nicht selten wegen Dringlichkeit der Sache die Testamentserrichtung unterbleiben. Die Doktrin hat daher längst die Ansicht verfochten, daß die Berufung specieller Zeugen nicht vom Testator auszugehen habe, sondern daß deren nöthige Anzahl auch von einem Dritten mit seiner Bewilligung wenigstens nicht gegen seinen Willen und in seinem Namen geschehen könne [1]). (Glück, Com. Bd. 34 S. 291. — A. G. E. vom 26. März 1860 Nr. 3. 218. — Erk. des Rev.=G., J. S. Krancher gegen Krancher vom 24. März 1801.)

b) Zur gesetzmäßigen Gegenwart der Testamentszeugen wird nach gemeinem Rechte verlangt, daß sie zum Zeugniß bei der Testamentshandlung besonders aufgefordert werden müssen, sie mögen nun entweder besonders gebeten worden sein, sich zu diesem Zwecke bei dem Testator einzufinden und zu versammeln, oder wenn Einige oder Alle etwa schon aus einer anderen Ursache beim Testator anwesend sind, daß sie von der vor ihnen vorzunehmenden Testamentshandlung verständiget werden. (l. 21 § 1 D. [28. 1].) Dadurch, daß das M. L. R. die Anwesenheit von drei Zeugen, und zwar deren gleichzeitige Anwesenheit erfordert, begreift diese schon jene Bestimmung des gemeinen Rechtes, daß die Zeugen vor ihrer vorzunehmenden Handlung benachrichtiget werden, weil sie nur dann Zeugen sein können, wenn sie von der Absicht des Testators unterrichtet und zu der vorzunehmenden Handlung vorbereitet wurden.

---

gemeines Landrecht und Herkommen. (Bodmann, Rheingauische Alterthümer Thl. II. S. 645.)

Die Ursache dieses Verfahrens lag, wie die Frankf. Reform. IV. Tit. 1 § 1 ausspricht, in dem Umstande, daß die Mängel der erforderlichen Solemnitäten und Formalien, resp. die daraus folgenden Nichtigkeiten möglichst vermieden, überdieß aber auch damit die Testamente dem Richter, und denjenigen, welche Ansprüche an den Nachlaß zu machen haben, leichter bekannt würden, und die Obrigkeit die Verhältnisse des Testators vorher besser untersuchen könne.

[1]) Sed tacite an expresse quid fiat, nihil refert. (l. 2 C. [2. 3].)

Hätte das M. L. R. diese gemeinrechtliche Bestimmung nicht aufnehmen, sondern abändern wollen, so hätte es dieses bei der Herabsetzung der Anzahl der Zeugen, welche eine Abänderung des gemeinen Rechtes ist, thun müssen.

Die Erbittung der Zeugen in der angeführten Weise ist daher nach M. L. R. ebenso wie nach gemeinem Rechte nothwendig, und die Nichtbeachtung dieser Form hat die Ungültigkeit des Testamentes zur Folge. (Seufferts Pand. § 524. 546. Thibaut § 692. 822.)

Die Zeugen sind jedoch unfähig, wenn sie wegen eines anderen Geschäftes aufgefordert, d. h. berufen, und nicht noch wenigstens vor Beginn des Testamentsaktes verständiget werden, daß sie zur Zeugnißablegung in einer Testamentshandlung verwendet werden sollen. (l. 21 § 2 D. [28. 1] l. 21 C. [6. 23]. — Ulpian 20. § 9. — Paulus III. 4. § 4.) (Erk. des Rev.-G., J. S. Krancher gegen Krancher vom 24. März 1801. — A. G. E. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

c) Die Zeugen müssen den Testator sehen und hören, denn zur Rechtsgültigkeit eines Testamentes gehört vor Allem, daß die Person des Testators gewiß sei. Wenn daher auch alle Zeugen einstimmig aussagen würden, was sie bei dem Testamentsakte gehört haben, und nicht auch Alle, daß sie sich durch ihr Gesicht von der Person des Testators überzeugt hätten, so würde doch das Testament für gültig nicht zu halten sein. Die gewöhnlichen Regeln vom Beweise können also hier nicht zur Anwendung kommen. (l. 9 C. [6. 23] l. 8 C. [6. 22] l. 22 § 6 D. [28. 1] l. 32 C. [6. 42].)

Es erscheint daher zweckmäßig, daß in jedem Testamente die Bemerkung aufgenommen werde, daß die Zeugen den Testator nicht blos verstanden, sondern auch fortwährend gesehen haben. (Erk. des Rev.-G. vom 31. August 1784, J. S. Becker gegen Schwab.)

d) Die Zeugen sollen männlichen Geschlechtes sein. (M. L. R. VIII. § 4.) [1])

---

[1]) Die übrigen Erfordernisse gültiger Zeugen sind aus dem gemeinen Rechte zu bemessen. Dahin gehören

α) Mündigkeit. Die Notariatsordnung von 1512 setzt die Zeit der Mündigkeit des männlichen Geschlechtes in Tit. I. § 6 auf das vollendete 14. Lebensjahr. Nach gemeinem Rechte (§ 6. J. [2. 10]) können weder Weiber noch Unmündige Testamentszeugen sein. (Ulp. frag. XX. § 7.)

β) Die Testamentszeugen müssen die allgemeine Fähigkeit besitzen, durch ein Testament etwas zu erwerben — testamenti factio passiva —, also auch die Fähigkeit, selbst ein Testament zu machen, denn jene geht weiter als die letztere. (§ 6 J. [2. 10]). Die Notariatsordnung bemerkt hierüber a. a. O.: „Alle die, so selbst nicht mögen vom Recht Testament machen.“ Nebstdem müssen diese Zeugen aber auch

γ) Nicht nur den Gebrauch ihres Verstandes, sondern auch jener Sinne und Organe haben, um den Willen des Testators zu verstehen, und wieder auszusagen, und den Testamentsakt, sowie den Testator zu sehen. Unfähig sind daher:

Wahnsinnige, außer in hellen Zwischenräumen, (l. 20 § 4 D. [28. 1].)

Gerichtlich erklärte Verschwender werden von der Zeit der Interdiktion an den Wahnsinnigen gleich geachtet. (l. 18 pr. D. [28. 1]. — Ulp. frag. XX. § 13.)

Blinde, Taube und Stumme. (§ 6 J. [2. 10].)

δ) Endlich dürfen die Testamentszeugen überhaupt nicht in die Kategorie untüchtiger Zeugen gehören, welche die bayr. Gerichtsordnung in cap. X. § 10 aufführt, wohin auch, gleich den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, Ehrlose (Nov. 20 cap. 1) und Zeugen in eigener Sache gehören, d. h. solche, welche mit dem

Auf Grund einiger Kurmainz'scher Verordnungen [1]) wurde bezweifelt, ob Geistliche als tüchtige Testamentszeugen beigezogen werden können. Weder aus dem Wortlaute dieser Verordnungen, noch aus dem kanonischen Rechte ist indeß dieser Zweifel begründet, denn es wird darin wohl den Geistlichen untersagt, sich mit der Verfertigung von Testamenten zu befassen, und sich selbst in Testamenten Vortheile zuzuschreiben, aber mit keinem Worte ist verboten, Geistliche als Testamentszeugen zu benützen. Ueberdieß befiehlt die Verordnung des Kurfürsten Anselm

---

Testator oder dem Testamentserben in einem solchen Verhältnisse stehen, daß sie juristisch mit dem einen oder anderen Eine Person vorstellen.

Es kann daher der Erbe selbst nicht Zeuge sein in einem Testamente, in welchem er eingesetzt wird (§ 10 J. [2. 10]. — l. 20 pr. D. [28. 1]), außer wenn neben ihm noch so viele Zeugen zugezogen sind, als das Testament regelmäßig erfordert. (M. L. R. Tit. XI. § 2). Dieses gilt jedoch nur vom direkten Erben, der Fideicommißerbe ist so wenig, als der Legatar davon ausgeschlossen. (§ 11 J. [2. 10]. — l. 3 § 3 C. Theodos. de testam. et codicillis. — l. 22 C. [6. 23]. — (M. L. R. Tit. XI. § 2.) Es läßt sich hieraus entnehmen, daß die Anwesenheit des Erben während der Testamentserrichtung das Testament nicht ungültig macht, da der Erbe sogar unter gegebenen Verhältnissen als Zeuge beigezogen werden darf. (Erk. des Rev.-G., J. S. Bender gegen Gebhard.)

So wenig als der Erbe dürfen jene gemeinrechtlich als Zeugen gebraucht werden, welche sich in des Erben Gewalt befinden, auch nicht dessen Vater, welcher den Erben in seiner Gewalt hat, noch seine Brüder, welche in seines Vaters Gewalt sind, weil diese ganze Handlung der Testamentserrichtung als zwischem dem Testator und Erben geschehend angenommen wird (§ 10 J. [2. 10]), und alle die genannten Personen wegen der Verbindung durch die väterliche Gewalt als eine Person angesehen werden. Wo daher dieses Band der väterlichen Gewalt aufgehoben ist, da können auch gemeinrechtlich alle diese Personen gültige Testamentszeugen sein. Danach M. L. R. Tit. XXX. § 1 eine Einheit der Person zwischen Eltern und Kindern nicht besteht, so kann dieser Umstand die Fähigkeit zur Zeugschaft nicht entziehen.

Von V. F. Molitor (selectae controvers. S. 13—27) wird auf Grund eines von dem Revisionsgerichte, J. S. Bender gegen Gebhard, entschiedenen Rechtsfalles ausgeführt, daß nach der Praxis der Mainzer Gerichtshöfe emancipirte Söhne bei einem Testamente, in welchem der Vater als Erbe eingesetzt ist, tüchtige Zeugen nicht sein können, und man wird sich dieser Ansicht um so mehr anschließen können, wenn die Söhne wegen ihres Notherbenrechtes bei einer Erbeinsetzung des Vaters betheiligt erscheinen, namentlich wenn sie vor jener Testamentserrichtung gemäß Tit. IX. § 5 des M. L. R. nicht abgetheilt sind, um so mehr als die erwähnte gemeinrechtliche Anschauung in den Gesetzen nicht positiv ausgesprochen, und aus demselben Grunde des Notherbenrechtes controvers ist, indem letzteres, wenn auch nicht die Verwandtschaft, nach (l. u. D. [34. 9]) unfähig macht. Nicht abgetheilte Söhne sind überdieß schon deßhalb zu Testamentszeugen untüchtig, weil sie im elterlichen Testamente nach Tit. IX. § 4 des M. L. R. Erben sein müssen.

[1]) Verordnung des Erzbischofs Anselm Franz, erlassen am 27. April 1686 an das General-Vicariat:

„Demnach Wir zum öftern mißfällig verspüren müssen, daß unsere Pfarrer und andere Geistliche, besonders auf dem Lande anstatt dessen, daß sie den kranken und sterbenden Leuten mit geistlichem Trost zusprechen sollten, sich theils vielmehr um die Temporalia mit Verfertigung von Testamenten, Legaten und anderen dergleichen letzten Willen bemühen, ja zum öftern sich selbst ein und anderes zuschreiben thuen, und zwar ohne Beisein ehrlicher Leute, woraus hernach allerlei Zwietracht und Streit entstehen; als ist Unser befehlender Will und Meinung: Ihr hättet alle Unsere Geistliche, und sonderlich Unsere Pfarrer und Seelsorger auf dem Lande alles Ernstes und mit Nachdruck zu erinnern, sich in dergleichen Temporal Sachen fürohin weiter nicht zu immisciren, sondern vielmehr auf der Seelen Heil bedacht zu sein, allmaßen dann auf dergleichen Testamente und letzte Willensverordnungen, so von ein oder anderen Geistlichen inskünftig zu Papier gebracht werden mögten, wenn auch schon selbige causas pias betreffen thäten, in judicando nicht reflectirt werden kann, es sei denn, daß solcher letzter Wille in Beisein Dreier oder wenigst zweier Gerichts oder sonsten glaubhafter und unparteiischer Männer beschrieben und aufgerichtet worden. Zumalen aber gebühret mehrbesagten Geistlichen nicht, sich selbsten

Franz nur, daß ein von einem Geistlichen Namens des Testators verfaßtes und niedergeschriebenes Testament vor Gericht nicht beachtet werden soll, wenn nicht noch zwei andere männliche glaubwürdige Zeugen beigezogen waren; ist dieses geschehen, so ist das Testament gültig; der Geistliche ist dann, obgleich Verfasser, dem dritten Zeugen gleichbedeutend zu erachten, folglich auch von der Verordnung selbst als tauglicher Zeuge dargestellt. (Erk. des Rev.=G. vom 17. August 1788, J. S. Kärner gegen Hubert. — Erk. des Rev.=G., J. S. Schäfer gegen Schäfer vom 1. August 1795.)

Auch Klostergeistliche sind von der Fähigkeit zu Testamentszeugen nicht ausgeschlossen. (Erk. des Rev.=G., J. S. Müller gegen Ackermann vom 18. Juni 1802.)

§ 189.

b) Einheit der Handlung (unitas actus).

Die Einheit der Handlung, d. h. der ganze Testamentsakt darf von seinem Beginne bis zum Schlusse durch keine fremdartige Handlung unterbrochen oder gestört worden sein.

Die Einheit der Handlung erfordert gleichzeitige Anwesenheit der Zeugen und deren Zusammenbleiben mit dem Testator, bis die Handlung der Testamentserrichtung vollendet ist. (l. 20 § 8 D. [28. 1].) Kurze Unterbrechungen, welche durch unvermuthete Zufälle oder dringende Naturbedürfnisse des Testators oder der Zeugen veranlaßt werden, schaden der Gültigkeit des Testamentes nicht. (l. 28 C. [6. 23]. — A. G. E. vom 27. September 1842 Nr. 2295.)

Zur Einheit der Handlung gehört es jedoch nicht, daß auch das Testament selbst in Beisein aller Zeugen niedergeschrieben werde, es genügt vielmehr, daß der Testator das Niedergeschriebene als sein

---

Legata und dergleichen zuzuschreiben, welches Alles ihr also beobachten zu lassen wissen werdet, und Wir verbleiben 2c."

Eine andere Verordnung des Kurfürsten Emerich Joseph vom 6. Juli 1764 lautet:

„Demnach Wir gnädigst bewogen worden, die von Unserem Kurvorfahrer Anselmo Francisco christmildesten Andenkens unterm 27. April 1686 an Unser Erzbischöfliches Vicariat erlassene Verordnung in Betreff derer von den Geistlichen, Pfarrern und Seelsorgern bei Kranken und Sterbenden sich angemaßter Immiscirung in temporalibus sonderlich derer letzten Willensverordnungen ihres ganzen hier nachfolgenden Inhaltes zu erneuern. (Hier ist die Verordnung von 1686 wörtlich eingerückt.) Als ist hiemit Unser ernstlicher und gnädigster Befehl, daß in Unsern sämmtlichen Kurlanden in allen Ober= und Untergerichtsstellen diese hier vorstehende Verordnung in judicando nicht nur auf das genaueste befolget, sondern selbige auch zu jedermanns Wissenschaft und Nachachtung publicirt und an gewöhnlichen Orten affigiret werde. Gegeben 2c."

Endlich erfolgte noch von der kurfürstl. Regierung unterm 17. Februar 1779 folgende Entschließung:

„Kurfürstl. Mainz. Hofrathspräsident, Kanzleidirektor, Geheime Hof= und Regierungsräthe: Unsern Gruß zuvor 2c. „In dem Jahr 1764 ist eine kurfürstliche ältere Verordnung von anno 1686, worin den Geistlichen die Einmischnng in Testamenten, Legaten und dergleichen Dispositionen untersaget ist, erneuert worden; da wir zu wissen von Nöthen haben, ob sothane Verordnung den Unterthanen gehörig kund gemacht seie, so gewärtigen Wir darüber den verläßigen Bericht samt der Publikations=Urkunde, und verbleiben übrigens 2c."

Testament den Zeugen bezeichne, und in deren Gegenwart selbst unterschreibe. (l. 21 pr. C. [6. 23]. — A. G. E. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

Die Testamentshandlung beginnt mit der Verständigung der Zeugen über den Zweck ihrer Berufung und endigt sich bei mündlichen Testamenten, sobald der Testator seine Willensmeinung vollständig zu erkennen gegeben hat, bei schriftlichen Testamenten mit der Unterschrift des letzten Zeugen. Durch einen einem Testament beigefügten Vertrag wird die Einheit der Handlung abweichend vom gemeinen Rechte (l. 20 D. [50. 16] l. 21 § 3 D. [28. 1] nach M. L. R. Tit. XIII. § 11) nicht gestört.

§ 190.

2) Besondere Erfordernisse bei Privattestamenten.

a) Des schriftlichen Testamentes.

Die Bestimmungen des M. L. R. über schriftliche Privat-Testamente sind in Tit. VIII. § 4 und 18 sehr fragmentarisch zusammengefaßt. Außer der Verminderung der Zeugen ist vom gemeinen Rechte Abweichendes darin nicht bestimmt [1]). Demnach erfordert ein solches Testament:

1) Einen schriftlichen Aufsatz, welcher den letzten Willen des Testators enthält. Diesen kann der Testator entweder ganz selbst schreiben — (testamentum holographum) —, wobei er in seinem Aufsatze bemerken muß, daß er das Testament selbst geschrieben habe (l. 28 § 1 C. [6. 23]), oder der Testator kann es einem Andern in die Feder dictiren (l. 9 pr. D. [28. 5] l 40 pr. D. [29. 1] — l. 15 pr. D. [48. 10] l. 102 § 1 D. [32]), oder auch von einem Andern aufsetzen lassen (l. 21 pr. C. [6. 23]).

Dem Testator, welcher den Inhalt eines schriftlichen Testamentes geheim zu halten wünscht, ist es gestattet, den Aufsatz, in welcher Weise immer verschlossen und versiegelt, den anwesenden drei Zeugen vorzulegen, und dabei zu erklären, daß dasjenige, was er ihnen vorlegt, sein Testament sei. Die vorgelegte Urkunde muß der Testator am Schlusse in Gegenwart der Zeugen selbst unterschrieben und von sämmtlichen Zeugen unterschreiben lassen. Das Testament soll dann gültig sein, und durch den Einwand nicht entkräftet werden, daß die Zeugen von dem Inhalte des Testamentes nicht unterrichtet sind [2]).

---

[1]) Aus den Worten des M. L. R. in Tit. VIII. § 4:

„Sollte oder könnte jemand kein gerichtliches Testament machen ꝛc., so mag derselbe seinen letzten Willen auch nur vor drei Zeugen eröffnen", ergibt sich das mündliche Testament, und aus den weiteren Worten: „(oder) schreiben oder beschreiben lassen", folgen die Bestimmungen über ein vom Testator selbst, oder von einem Andern in seinem Auftrage verfaßtes schriftliches Testament.

[2]) Geschieht die Unterschrift der Zeugen auf dem Umschlag (Couvert) des Testamentes, so ist dieser als ein Bestandtheil desselben anzusehen, und die im M. L. R. VIII. § 6 erlassene Besieglung des Testamentes selbst mit den Siegeln der Zeugen kann dann auch nicht als erlassen angesehen werden, weil dieses im gemeinen Rechte (l. 22 § 7 D. [28. 1]) ausdrücklich vorgeschrieben ist, und den

Der Testamentsaufsatz selbst muß leserlich geschrieben sein, in welcher Sprache ist gleichgültig; auch Durchstreichungen [1]) und Einschaltungen zwischen den Zeilen schaden nicht, wenn es nur gewiß ist, daß sie vom Testator oder mit dessen Einwilligung geschahen.

Es bezieht sich diese Frage nicht auf die gesetzlichen Förmlichkeiten, sondern auf die Glaubwürdigkeit des Testamentes selbst, um festzustellen, ob eine Verbesserung mit Bewilligung des Testators vorgenommen, oder ob unbedachtsam von einem Andern etwas hinweggestrichen, oder ob dieses von irgend jemand betrüglicher Weise geschehen sei. (l. 12 C. [6. 23].)

2) Die eigenhändige Unterschrift des Testators, welche in Gegenwart der drei Zeugen und mit seiner Erklärung geschehen muß, daß die vorliegende Schrift sein Testament sei, oder die Zuziehung eines vierten Zeugen, falls der Testator des Schreibens unerfahren ist, oder in jenem Augenblicke nicht schreiben kann. Nach l. 21 pr. C. (6. 23) muß der Testator unterschreiben, es mag das Testament von ihm selbst oder von einem Anderen geschrieben sein. [2]).

Das M. L. R. läßt Tit. VIII. § 4 eine Vertretung der Unterschrift des Testators durch einen vierten Zeugen ausdrücklich nur dann zu, wenn ersterer des Schreibens *unerfahren ist*, d. h. das Schreiben nicht gelernt hat, oder überhaupt nicht ausüben kann. Nach der Notariatsordnung (vergl. not. [2]) könnte dieses so aufgefaßt werden, daß dem Nicht-Schreiben-Können auch das Nicht-Schreiben-Mögen gleich stehe, und daß auch der, welcher nicht schreiben *mag*, sich eines Stellvertreters bedienen könne. (Carpzow, P. II. dec. 147.) Allein der Wortlaut des M. L. R. ist hier an und für sich klar und deutlich dahin gerichtet, daß der Testator zur Gültigkeit seines Testamentes unterschreiben *muß*, wenn

---

guten Grund hat, daß die Identität des im Umschlag eingeschlossenen Testamentes gewahrt, und nicht nach Lösung des Siegels des Testators ein anderes Testament in den Umschlag unterschoben werde. Die Siegel der Zeugen müssen dann auch so angebracht werden, daß sie einen wirklichen Verschluß des Umschlages bilden.

Eine Unterschrift der Zeugen im Testament ist dann nicht nöthig.

Es gestattet dieses auch die Notariatsordnung von 1512, welche eine blose Wiederholung des römischen Rechtes ist, in § 6, indem sie dem Testator, welcher seinen schriftlich verfaßten letzten Willen im Leben Niemand wissen lassen will, erlaubt, solchen den Zeugen *beschlossen und eingewickelt* mit der Erklärung zur Unterschrift und Versiegelung vorzulegen, daß er sein Testament sei, woraus ebenfalls klar hervorgeht, daß ein Unterschreiben und Besiegeln von den Zeugen und dem Testator auf dem verschlossenen Umschlag gestattet sei.

[1]) Nach Tit. XIII. (0. 6) wird ein Testament nur durch *gänzliche* Durchstreichung cassirt, was also nicht durchstrichen ist, bleibt gültig.

[2]) Notariats-Ordnung von 1512 Tit. von Testamenten § 7 „Nun die Form eines Testamentes in Schriften, welches nunmehr nicht in großer Uebung ist, und von denen gemacht wird, die in ihrem Leben ihren letzten Willen Niemand wissen lassen wollen, ist also: daß der, so ein Testament machen will, ein Schrift bezeichnet und verbunden, oder allein beschlossen und eingewickelt, sie sei *von desselben Testirers* oder eines jeden andern Hand geschrieben, vor sieben Zeugen, die dazu sonderlich zusammen berufen oder gemanet und gebeten, auch der Leibeigenschaft frei, über vierzehn Jahre alt sein, so sie alle bei einander versammelt sind, fürbringt, und legt die dar, durch einen jeden der sieben Zeugen zu unterschreiben, und mit ihren gewöhnlichen Signeten zu besiegeln, doch also, *daß er offenbarlich ansage*: daß solches, so er darlegt, sein Testament sei, und vor den Zeugen allen mit eigener Hand unterschreiben; oder wo er *nicht schreiben könnt, oder als dann nicht möcht*, durch eines andern achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren an einem Ort des Testaments unterschreiben lasse.

er nicht durch Unerfahrenheit, Schwäche oder Lähmung der Hand gehindert ist. (Gesterding, Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Thl. I. S. 345) [1]).

Die besondere Form der schriftlichen Testamente besteht also darin, daß der Erblasser entweder den ganzen Aufsatz eigenhändig schreibt, wobei er im Testament bemerken muß, daß er es selbst geschrieben habe (l. 28 § 1 C. [6. 23],) oder daß das Testament von dem Testator zwar selbst, aber ohne diesen Beisatz, oder von einem Andern geschrieben ist, der Testator aber dasselbe in Gegenwart der Zeugen durch Unterschrift anerkennt, d. h. daß er den Aufsatz den Zeugen mit der Bemerkung vorlegt, daß es sein Testament sei, und ihn mit den Zeugen eigenhändig unterschreibt. Diese vom Erblasser den Zeugen gemachte Versicherung genügt, da dem Testator ja die Mittel zu Gebot standen, sich von der Richtigkeit des Niedergeschriebenen vollkommene Ueberzeugung zu verschaffen. (Seufferts P. R. § 525. — Thibaut, § 693. nr. 2) [2]).

Das Vorlesen des von einem Anderen niedergeschriebenen Aufsatzes, oder dessen Durchlesung von dem Testator verordnet weder das M. L. R. noch das gemeine Recht, und es kann dieses daher auch nicht als ein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit eines Testamentes angesehen werden, sondern es gehört offenbar nur zu dem Willkührlichen, was der Vorsicht und Klugheit des Testators überlassen, und nur auf den Beweis berechnet ist. (l. 21 C. [6. 23].) Selbst nicht einmal bei einem Blinden, der hülfelosesten Person, wird das Vorlesen seines Testamentes in Tit. VIII. § 5 erfordert, obgleich es hier gewiß rathsam erscheint, und die Bescheinigung im Testamente, daß es geschehen sei, Schwierigkeiten vorbeugen kann.

Die Unterzeichnung des Testators mit einem einfachen Handzeichen, z. B. mit drei Kreuzen, gilt nicht als dessen Unterschrift im Sinne des

---

[1]) Eine weitere Frage ist es, ob der beigezogene vierte Zeuge seinen eigenen oder den Namen des Testators dem Testamente beizusetzen hat.

Der Abs. 2 des § 4 Tit. VIII. des M. L. R. „Im Fall aber der Testirer des Schreibens unerfahren, so soll statt desselben der vierte Zeuge dazu gebraucht und von diesem das Testament unterschrieben werden“, bezieht sich offenbar auf die im vorausgegangenen Absatze befohlene Unterschrift des Testators, welche durch einen weiteren Zeugen ersetzt werden soll.

Man könnte zu der Meinung kommen, der vierte Zeuge solle als Stellvertreter des Testators handeln, also diejenige Handlung vornehmen, welche der Testator selbst hätte vornehmen sollen, folglich den Namen des Testators unterschreiben.

Als Analogie ließe sich anführen, daß nach l. 31 C. (VI. 23) bei Testamenten auf dem Lande bei dem Mangel von sieben des Schreibens kundigen Zeugen auch ein Zeuge für den andern unterschreiben dürfe, diese Analogie paßt aber nicht, weil hier nur von einer Stellvertretung der Zeugen unter sich die Sprache ist. Außerdem ist die vierte beizuziehende Urkundsperson im Gesetze ausdrücklich Zeuge genannt, welcher wie alle anderen Zeugen nur seine Anwesenheit durch seine Unterschrift zu beurkunden hat. Die Intention des Gesetzes wird noch klarer durch Vergleichung mit Tit. VIII. § 5, wo die einem Blinden abgehenden beiden Fähigkeiten, nämlich jene des Schreibens und jene des Sehens durch zwei weitere Zeugen ersetzt werden soll. (Erk. des H. G. vom 28. Juni 1802, J. S. Müller gegen Ackermann. — Erk. des Rev.-G. vom 24. Oktober 1803, J. S. Grimm gegen Schütz. — Erk. des Rev.-G. vom 30. November 1809, J. S. Jakob und Ullrich gegen Faeth. — A. G. E. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

[2]) Hat der Testator das Testament nicht eigenhändig geschrieben, und dieses im Testamente bemerkt, so erfordern sowohl die römischen als die Reichsgesetze, daß der Testator das dem Zeugen vorgelegte Testament in deren Gegenwart und mit der Erklärung unterschreibe, daß dieses Testament seinen letzten Willen enthalte.

Gesetzes. Es ist in diesem Falle der vierte Zeuge nothwendig. (Erk. des A. G. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

Ist die Unterschrift des Testators zwar undeutlich, aber keineswegs unleserlich und unerkennbar, so ist die Zuziehung eines vierten Zeugen nicht erforderlich, denn nach l. 21 pr. C. (6. 23) ist die Zuziehung eines weiteren Zeugen (eines subscriptor) nur dann nothwendig, wenn der Testator des Schreibens unkundig ist, oder nicht zu schreiben vermag. Eine undeutliche Schrift kann diesem Falle um so weniger gleichgestellt werden, als auch die Notariatsordnung von 1512 § 7 ein Nichtschreiben-Können oder -Wollen, sohin den gänzlichen Mangel einer Unterschrift, als Erforderniß der Beiziehung eines weiteren Zeugen voraussetzt. (O. A. G. E. vom 18. Dezember 1865 Nr. 98.)

Ebensowenig genügt es, wenn der Testator nicht schreiben kann, und ihm die Hand von einem Anderen geführt wird, denn wenn der Testator nicht selbst schreiben kann, muß ein vierter Zeuge zugezogen werden [1]).

---

[1]) Das sowohl in § 4 als in § 7 u. § 18 Tit. VIII. des M. L. R. gebrauchte Wort „Eröffnen" könnte das Bedenken erregen, daß der Testator auch beim schriftlichen Testament den Zeugen eröffnen, d. h. bekannt geben müsse, was letztwillig verfügt werde.

Bei Auslegung dieser Gesetzesstellen kommt es vor Allem auf die Bedeutung der Worte „Errichtung" und „Eröffnung" des Testamentes an.

Der Abs. 1 § 7 bezieht sich auf die in § 4 erwähnte Form des Testirens, wobei der Testator seinen letzten Willen den Zeugen mündlich kund gibt, und dieser sodann schriftlich abgefaßt wird, wogegen Abs. 2 § 7 von jenen Testamenten handelt, welche bereits vorher niedergeschrieben und den Zeugen von dem Testator mit der Erklärung vorgelegt werden, daß dieser Aufsatz seinen letzten Willen enthalte. Hieraus geht hervor, daß unter Errichtung des Testamentes keineswegs die schriftliche Abfassung desselben verstanden werden darf; denn wäre Errichtung und Niederschreibung gleichbedeutend, so käme man zu der Inconsequenz, daß in § 4 die gleichzeitige Gegenwart der drei Zeugen beim Niederschreiben gefordert, dagegen in § 7 dieser Bestimmung entgegen gestattet würde, einen in Abwesenheit der Zeugen verfaßten Aufsatz als Testament zu erklären, und von diesen unterzeichnen zu lassen. Es muß also unter Errichtung des Testamentes jener Akt verstanden werden, in welchem ein entweder schon vorher verfaßter, oder in Gegenwart der Zeugen niedergeschriebener Aufsatz durch die Erklärung des Testators und die Bekundung der Solemnitätszeugen zum Testament erhoben wird.

Auch über die Bedeutung von „Eröffnen" eines Testamentes kann nach Vergleichung der §§ 4. 7. u. 18 Tit. VIII. des M. L. R. kein Zweifel bestehen, indem in § 7 von einem schriftlichen, in §§ 4 u. 18 von einem mündlichen Eröffnen des Testamentes die Rede ist, wonach unter „Eröffnen" blos die Erklärung des Testators verstanden werden kann, daß dasjenige, was er den Zeugen sagen werde, oder was der vorgelegte Aufsatz enthalte, sein letzter Wille sei. (Erk. des Rev.-G. vom 30. November 1809, J. S. Ullrich gegen Fäth.)

Soferne es sich daher um ein schriftliches Testament handelt, ist die gleichzeitige Anwesenheit des Testators und der Zeugen nur solange nothwendig, als der erstere ihnen erklärt, daß dieses sein letzter Wille sei, und Zeugen und Testator diesen Aufsatz unterschrieben. (l. 21 pr. § 2 C. [6. 23.] — A. G. E. vom 6. April 1853 Nr. 4813.)

Diese Erklärung muß regelmäßig vom Testator selbst ausgehen, wenn aber wegen seiner Schwäche dieses mittelbar von einem Dritteren in Gegenwart des Testators, also mit seinem Wissen und Willen erklärt wird, so ist es ebensogut, als wenn die Erklärung vom Testator selbst unmittelbar ausgegangen wäre. Das subsidiär geltende gemeine Recht ist hierin keineswegs rigorös. Es soll genügen, wenn der das schriftliche Testament unterschreibende Zeuge wahrnimmt, daß die vorliegende Scriptur der letzte Wille des Testators sein solle, so daß er selbst die Sprache des Testirers nicht zu verstehen braucht.

l. 20 § 9 D. (28. 1) sagt; Es müssen jedoch die Zeugen nicht eben die Sprache des Erblassers verstehen, denn es ist zureichend, wenn jemand nur eine sinnliche Wahrnehmung von dem Geschäfte hat, zu welchem er berufen wird. (O. A. G. E. vom 6. März 1855 Nr. 993 53/54.)

3) Endlich gehören noch zu den wesentlichen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes die gleichzeitig eigenhändigen Unterschriften sämmtlicher Zeugen in Gegenwart des Testators (l. 30 D. [28. 1],) — Notariatsordnung von 1512 § 7: „durch die sieben Zeugen mit eigenen Händen unterschrieben werde".

Wer nicht schreiben kann, ist sohin ein absolut unfähiger Testamentszeuge. Die Zeugen sind auch verpflichtet beizusetzen, wessen Testament sie unterschrieben haben (l. 30 D. [28. 1]), wenn dieses nicht im Contexte des Aufsatzes selbst angegeben ist.

§ 191.

b) Des mündlichen Privattestamentes.

Das M. L. R. hat das mündliche Testament nur gelegenheitlich in Tit. VIII. § 18 erwähnt; es soll nach dieser Gesetzesstelle nämlich ein beabsichtigtes schriftliches Testament als ein mündliches gelten, wenn der Testator zwar seinen letzten Willen den Zeugen bereits eröffnet, d. h. auf irgend eine Weise — jedoch nicht schriftlich — zu erkennen gegeben hat, in der Absicht, daß er niedergeschrieben werde, und stirbt, bevor das Letztere geschehen ist [1]). Durch die Worte des Gesetzes „und rufet zu dem Ende die hier oben erforderten Zeugen" ist auf § 4 Tit. VIII. verwiesen, und es geht daraus hervor, daß das M. L. R. gleich dem gemeinen Rechte dieselbe Anzahl von Zeugen, die gleiche Beschaffenheit derselben, und Einheit der Handlung, wie beim schriftlichen Testamente verlangt. Die Praxis des M. L. R. hat auch nie bezweifelt, daß das mündliche Testament ebenso wie nach gemeinem Rechte wirksam und nach denselben Regeln zu beurtheilen sei [2]). (Erk. des Rev.-G. vom

---

1) In diesem Umstande liegt wohl für jetzt die einzig richtige Bedeutung des mündlichen Testamentes, welchem auch, wenn es niedergeschrieben wird, doch noch ein Haupterforderniß des schriftlichen Testamentes, — die Unterschrift des Testators oder ein vierter Zeuge — fehlt. Durch das mündliche Testament soll also bei unvorhergesehenem schnellen Tod des Testators seine Anordnung auch ohne seine Unterschrift oder vierten Zeugen aufrecht erhalten werden. Gleichwohl verdankt es seinen Ursprung dem Umstande, daß in früheren Zeiten des Schreibens kundige Personen selten waren, und es kann daher auch schon von Anfang die Absicht des Testators darauf gerichtet sein, ein mündliches Testament zu errichten.

2) Die Notariatsordnung von 1512 Tit. von Testamenten sagt darüber: „denn nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen sind zweierlei Testament: das ein, das in Schriften geschieht, oder durch Mittel einer Schrift, die beschlossen oder zugemacht ist. Das ander, das gemeiner ist, das man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrift oder unschriftliche Solemnität aufzurichten pflegt, und darum nuncupativum gemeinlich, das ist ein ausgesprochen Testament genannt wird zu seinem Wesen oder Substanz keine Schrift bedarf."

Das M. L. R. sagt darüber in Tit. XIII. § 6: „daß es nur mehrerer Prob wegen zu Papier gebracht worden ꝛc".

Der Begriff eines mündlichen in Schrift gebrachten Testamentes besteht überhaupt wesentlich darin, daß der Testator seinen ganzen Willen vor den gesetzmäßig erforderlichen und gehörig zugleich versammelten drei Zeugen mündlich, vernehmlich und in einer fortlaufenden Handlung erklärt hat, — soweit der Charakter des mündlichen Testamentes, — und daß diese auf solche Art erklärte Willensmeinung nachher zu Papier gebracht werde, um der Schwäche des menschlichen Gedächtnisses zu Hülfe zu kommen. Hat nun ein Testator seine Willensmeinung einer Person

30. Juli 1802, J. S. Müller gegen Ackermann. — Erk. des Rev.-G. vom 14. August 1801, J. S. Grimm gegen Schütz. — Erk. des Rev.-G. vom 30. November 1809, J. S. Ullrich gegen Fäth.)

Zuweilen ist es zweifelhaft, ob es sich um ein schriftliches, oder um ein mündliches Testament handle, wenn nämlich der mündlich erklärte letzte Wille in Gegenwart des Testators zu Papier gebracht, und von diesem und den Zeugen, oder von einer oder der anderen dieser Personen unterzeichnet wird. Im letzteren Falle kann ein sog. testamentum nuncupativum in scripturam redactum, oder auch ein formell richtiges schriftliches Testament, oder es können sogar zwei Testamente, ein mündliches und ein schriftliches existiren. Als leitender Grundsatz muß in einem solchen Falle angenommen werden, daß Alles auf die Art und Weise ankommt, wie der Testator seinen letzten Willen während der Handlung des Testirens erklärt, und auf welche Weise er diese Erklärung beabsichtiget. Besteht diese Handlung in einem mündlichen Vortrage, so ist es ein mündliches Testament, besteht sie aber in der Vorlegung eines schriftlichen Aufsatzes, so ist das Testament ein schriftliches. (l. 21 pr. D. [28. 1), l. 58 pr. D. [28. 5], l. 21 pr. u. § 2 C. [6. 23], l. 26 C. [6. 23].)

Es ändert daher die Natur eines schriftlichen Testamentes nicht, wenn es auch den Zeugen mündlich bekannt gemacht wurde, und ebensowenig den Charakter eines mündlichen Testamentes, wenn es nachher schriftlich aufgesetzt wurde, wenn nur im ersteren Falle die Erklärung seines letzten Willens durch Vorlage des Aufsatzes, im anderen Falle durch den mündlichen Vortrag vom Testator beabsichtiget wird. Sind beide Formen miteinander verbunden, so entsteht der Vortheil, daß, wenn das Testament in der einen Form ungültig sein sollte, es wenigstens in der anderen Form gültig sein kann. Immer aber liegt nur ein

---

allein erklärt, und diese solche zu Papier gebracht, hat ferner diese Person den verfaßten Aufsatz in Gegenwart der Zeugen dem Testator vorgelesen, und letzterer diesen Aufsatz nur durch Kopfnicken bestätigt, so existirte vor dem schriftlichen Zustandebringen des Testaments kein mündliches Testament, welches in Schrift hätte gebracht werden können, weil die Erklärung des Testators nur vor einem Zeugen geschehen ist, durch das Vorlesen des Aufsatzes und Kopfnicken des Testators konnte aber auch ein mündliches Testament nicht zu Stande gebracht werden, weil darin keine mündliche und vollständige Erklärung liegt, und das Vorlesen eines Aufsatzes nicht gleichbedeutend ist mit Befragen des Testators über einzelne Punkte, welche er durch Kopfnicken gemäß Tit. VIII. § 17 bestätigen kann. Ein bloses Vorlesen und Bestätigen kann auch dem in Tit. VIII. § 4 gebrauchten Ausdrucke „Eröffnen" nicht gleichbedeutend sein.

Als ein schriftliches Testament könnte ein solcher Aufsatz nur dann gelten, wenn er von dem Testator den Zeugen als sein letzter Wille erklärt, und von ihm in deren Gegenwart unterschrieben würde.

Die Gesetze begünstigen zwar die Aufrechthaltung der Testamente, allein doch immer nur unter der Voraussetzung, daß eine solche Begünstigung mit der Verordnung des Gesetzes bestehen könne; es kommt auch nicht blos darauf an, was jemand thun wollte, sondern darauf, was er gethan hat, und ob dieses so geschehen ist, wie es das Gesetz vorschreibt. (Erk. des Rev.-G. vom 30. November 1809, J. S. Jakob und Ullrich gegen Fäth.)

Gleichwie beim schriftlichen Testament die eigenhändige Unterschrift des Testators, so ist beim mündlichen Testament, dessen persönliche Erklärung seines Willens ein Haupterforderniß.

Das mündliche Testament weicht daher zwar in den Mitteln der Errichtung, aber nicht in der Wirkung von dem schriftlichen Testamente ab.

Testament vor. (Erk. des Rev.-G. vom 30. Juli 1802, J. S. Tuchmann gegen Esser.)

Vorausgesetzt wird dabei, daß der Testator nicht erklärt hat, daß das Testament nur in einer Form, und in welcher es gelten soll, denn wenn das Testament dann in der vom Testator gewählten Form nicht gültig ist, so kann auf die andere nicht zurückgegriffen werden, selbst wenn das Testament in dieser anderen Form gültig wäre. Außerdem ist anzunehmen, daß jene Form gelten soll, welche rechtsbeständig ist. (l. 3 D. [29. 1.] — Erk des Rev.-G. vom 30. Juli 1802, J. S. Müller gegen Ackermann.)

Wird ein beabsichtigtes mündliches Testament nachher in eine schriftliche Urkunde gebracht, so bildet diese Urkunde keineswegs das Testament, sondern sie kann nur als Beweismittel hinzukommen; sie erfordert daher auch nicht die Formen eines schriftlichen Testamentes, sondern nur die Form einer Urkunde.

Während daher bei einem schriftlichen Testamente sein Wesen und Dasein in der Scriptur beruht, dient diese Scriptur beim mündlichen Testament nur als Beweismittel der Existenz des Testamentes, gleichsam als wären die beim Testamente thätig gewesenen Zeugen zum ewigen Gedächtnisse vernommen worden. Ist diese Urkunde in Form einer öffentlichen verfaßt, so ist durch ein solches Instrument, vorausgesetzt, daß die Förmlichkeiten des mündlichen Testamentes gehörig beobachtet wurden, auch für den Beweis des Testamentes auf immer gesorgt, und eine eidliche Bestärkung der Zeugen wird nun nicht mehr für nothwendig erachtet. (Glück, Com. Bd. 34 S. 6.)

Man erkennt hieraus, daß das mündliche Testament im Allgemeinen ein Wagniß ist, und seine Wirksamkeit gestützt wird auf das Gedächtniß und die Lebensdauer der Zeugen [1]).

Bei jedem mündlichen Testamente muß selbstverständlich der Testator seinen letzten Willen den Zeugen vollständig bekannt machen, und ihn in der Weise an den Tag legen, daß er von allen Zeugen unzweifelhaft verstanden wird. (l. 21 pr. D. [28. 1], l. 26. 29 C. [6. 23].) Unter der Vollständigkeit dieser Eröffnung begreifen die Gesetze ausdrücklich die Bezeichnung der Erben und Vermächtnißnehmer; die Verweisung auf eine Urkunde, in welcher sich der Name der Erben und sonstiger Bestimmungen befinde, ist daher beim mündlichen Testamente unstatthaft. Ein Schluß, daß dieses, weil bei einem schriftlichen Testamente, also auch beim mündlichen zulässig sei, ist unstatthaft, weil schriftliche Testamente ihrem ganzen Inhalte nach den Zeugen verborgen gehalten werden können. (Glück, Com. Bd. 35 S. 13 ff.)

---

[1]) Zur Beweiskraft einer von einem Notar über ein mündliches Testament errichteten Urkunde (nur um diese nicht um das mündliche Testament selbst handelt es sich) verlangt die Notariatsordnung von 1512 § 5, daß in derselben aufgezeichnet werde, was bei der Testamentshandlung vorging, und es sofort vor dem Testator und den Zeugen, ehe diese von einander scheiden, vorgelesen werde. Hiedurch entsteht allerdings eine öffentliche Urkunde, welche den Beweis des Testamentes für immer sichert; es kann indeß auch nicht bezweifelt werden, daß eine vom Testator verfaßte, und den Testamentszeugen vorgelesene Scriptur, oder die Vernehmung der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse, oder ein von den Zeugen selbst verfaßter Aufsatz über den Inhalt des mündlichen Testamentes als Beweismittel zu betrachten sind, gegen welche jedoch Gegenbeweis zulässig ist, denn solche Urkunden sind nicht das Testament selbst, sondern nur Beweismittel als Privaturkunden.

Gültig ist daher eine solche Verweisung nur da, wo es durch Statutarrechte erlaubt ist, z. B. im Würtemb. L. R. Thl. III. Tit. 3 § 12. — Bayer. L. R. Thl. III. cap. 3 § 6.

Nach M. L. R. Tit. VIII. § 17 unterliegt es keinem Bedenken, daß dieses Statut es rücksichtlich der Benennung der Erben 2c. bei dem gemeinen Rechte belassen habe. Allein in einem Punkte hat das Statut die Strenge des gemeinen Rechtes und der Notariatsordnung, welche verständliche Worte von einem Testator verlangen, und den, welcher nicht mehr verständlich sprechen kann, einem Todten gleich achten, etwas nachgelassen, indem es zur Gültigkeit eines mündlichen Testamentes in § 17 nur erfordert, daß der Testator seinen Willen hinlänglich erkläre, so daß auch ein Kopfnicken auf Befragen als eine genügende Erklärung aufzufassen ist. (Erk. des Rev.-G. vom 24. März 1801, J. S. Krancher gegen Krancher. — A. G. E. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

§ 192.

II. Oeffentliche Testamente.

Das M. L. R. unterscheidet gleich dem gemeinen Rechte in Tit. VIII. § 2 und 3 zwei verschiedene Arten von öffentlichen Testamenten, nämlich die wirkliche Erklärung des letzten Willens vor besetztem Gerichte, oder die Ueberreichung eines außergerichtlich ohne weitere äußere Förmlichkeiten verfaßten Testamentes an das Gericht zur Verwahrung unter Abgabe der Erklärung bei Gericht, daß in diesem Aufsatze der letzte Wille des Verfassers enthalten sei. Die früher angeregte Controverse, ob auch nach der veränderten Verfassung der ehemals Mainzer Untergerichte noch zwei Richterbeamten gleich den beiden Gerichtsschöffen beizuziehen nöthig sei [1]), ist durch das bayerische Notariatsgesetz vom 10. November 1861

[1]) Insoferne es sich um gerichtliche, vor dem Notariatsgesetze vom 10. November 1861 errichtete Testamente handelt, ist zu bemerken, daß bei Erlassung des M. L. R. noch keine Justizämter von der Art bestanden, wie sie später existirten. Erst durch die Verordnung vom 27. Januar 1772 wurden die Vogteiämter errichtet, welche dieselbe Zuständigkeit hatten, wie die ehemaligen bayerischen Landgerichte. Diese Vogteiämter waren besetzt mit einem Amtsvogt und einem Vogteischreiber, und art. V. § 6 jener Verordnung besagt ausdrücklich, daß durch den Amtsvogt die Testamente aufgenommen werden sollen. Da sich nun die Bestimmungen in Tit. VIII. § 2 und 3 des M. L. R. auf die alte Gerichtsverfassung beziehen, wornach die Gerichte aus einem Schultheisen und einigen Gerichtsschöffen bestanden, welch' letztere, wie aus Tit. XVI. § 7 des M. L. R. hervorgeht, nicht einmal Rechtskenntnisse zu haben brauchten, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß seit der Verordnung vom 27. Januar 1772 gerichtliche Testamente von einem Richterbeamten unter Zuziehung eines Akuars in der gewöhnlichen Form eines Protokolls aufgenommen und übernommen werden konnten, wie dieses auch durch eine Menge vorhandener solcher gerichtlicher Akte nachgewiesen werden kann. (A. G. E. vom 4. Januuar 1822, Nr. 2434. — Urtheil des Rev.-G., J. S. Mella gegen Beiderlinden vom 2. April 1784. — Wiese, diss. Testamentum coram satrapa et satrapiae scriba conditum jure statutario Mogunt. validum esse demonstrat. 1784.)

Eine weitere kurfürstliche Verordnung vom 26. Februar 1789 schreibt vor und lautet:

„Kurfürstliche Mainzische Landesregierung.

Wir bestätigen zwar andurch, daß alle Testamente oder letzte Willensmeinungen, welche die kurfürstlichen Unterthanen gerichtlich verfertigen zu lassen Willens und berechtigt sind, von den kurfürstlichen Amtsvögten, wenn die testirende Person nach

für künftig zu errichtende Testamente bedeutungslos geworden, indem nunmehr gemäß art. 25 dieses Gesetzes die letztwilligen Verfügungen, sie mögen vor einem Notare errichtet oder demselben verschlossen übergeben werden, lediglich den Geschäftskreis der Notare berühren, und in beiden Formen dieselbe Kraft erhalten, wie sie die vor dem Eintritte des Notariatsgesetzes gerichtlich errichtete oder übergebene Testamente hatten.

Was hier von Testamenten gesagt ist, gilt von allen letztwilligen Verfügungen, also auch von Codicillen; die bei Privattestamenten erforderliche Form wird durch den öffentlichen Glauben der beigezogenen Behörde ersetzt; dieses amtliche Ansehen ist rücksichtlich der Aufnahme und Verwahrung solcher Testamente als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit von den Gerichten auf die Notare durch das Notariatsgesetz übertragen worden.

Rücksichtlich der Privattestamente und Codicille wurde von dem Notariatsgesetze nichts geändert, für diese bleiben daher die Verordnungen der Statutarrechte in voller Kraft.

Hieraus folgt, daß nunmehr ein von einem Gerichte aufgenommenes Testament nichtig ist, weil nicht mehr die Gerichte, sondern nur noch die Notare diesem Akte den Charakter der Oeffentlichkeit aufprägen können, und daß ein vom Gerichte zur Aufbewahrung übernommenes Testament nur dann, und insoweit gilt, als es die zur Gültigkeit eines Privattestamentes nöthige Form besitzt. Alle in dieser Richtung früher bestandenen statutarrechtlichen Bestimmungen sind aufgehoben, dagegen behauptet jedes Testament durch den notariellen Akt den Charakter einer öffentlichen Urkunde, es beweist gegen jedermann, kann nicht diffitirt werden, und läßt nur den Nachweis einer Fälschung zu.

Die materiellen Erfordernisse des Inhaltes sind jedoch nach wie vor nach den Gesetzen des Wohnortes des Testators zu bemessen, z. B. jene über die Strafen der weiteren Ehen, Pflichttheil, Enterbung 2c., welcher sich der Testator auch nicht durch die Errichtung an einem unter der Herrschaft eines anderen Civilgesetzes gelegenen Orte entziehen kann.

---

der höchsten Instruktion unter dem vogteilichen Gerichtszwange steht, aufgenommen werden sollen, und diese Aufnahme den Ortsgerichten nur im Nothfalle erlaubt sei. Da sich aber erwiesen hat, daß einige kurfürstliche Amts-Vögten den Testirenden allzugroße Kösten, durch Aufrechnung der Reisekösten, Extrasessionsgebühren und sonstige Nebenumstände verursachen, und dadurch das Testiren öfters erschweren, auch gar zernichten, als verordnen Wir und befehlen hiemit, daß bei Aufnahme eines Testamentes in loco die hiefür in der Besoldungsnote bestimmten Gebühren fernerhin bezogen, bei jenen extra locum aber weiter nichts als die Taggelder, und zwar in dem nämlichen Maße und Bedingung wie bei einem andern Untersuchungs- oder sonstigen Gegenstande verordnet ist, nämlich daß weder für voiture, Extrasessions-Gebühren oder sonstige Nebenumstände etwas Besonderes angerechnet werde, und von den Testirenden genommen werden sollen.

Mainz den 26. Februar 1789.

Freiherr von Frankenstein.

vid. Kissel, Reggsecr."

Nach Tit. VIII. § 2 des M. L. R. wird übrigens zu den mündlichen gerichtlichen Testamenten weiter nichts erfordert, als daß die testirende Person ihren letzten Willen mündlich eröffnet, solcher vor drei Gerichtspersonen niedergeschrieben, alsdann vorgelesen, in eine gewöhnliche Form gebracht, d. h. ins Reine geschrieben, und eigenhändig vom Testirer unterschrieben werde. (Erk. des Rev.-G. vom 17. August 1803, J. S. Berninger gegen Reichert.)

Der Notar hat daher die einzelnen materiellen und formellen Bestimmungen der Civilgesetzgebung, nach welchen das Testament zu beurtheilen sein wird, auf das Genaueste ebenso wie jene des Notariatsgesetzes einzuhalten [1]). (Bomhard, Leitfaden für die Notare. Amberg 1862, S. 54. 55.)

§ 193.

C. Codicille [2]).

Verfügungen auf den Todesfall, welche **nicht** die Einsetzung **eines direkten Erben** enthalten, heißen gemeinrechtlich im Gegensatze zu den

---

[1]) Ueber die Errichtung solcher öffentlichen Testamente enthalten die art. 60 und 61 des Notariatsgesetzes das Erforderliche. Das Testament mag von dem Notar selbst aufgenommen, oder demselben nur übergeben werden, so muß immer der Testator die betreffenden Erklärungen selbst abgeben, und es müssen noch außerdem zwei Zeugen oder ein weiterer Notar beigezogen werden. Im ersteren Falle hat der Testator seinen letzten Willen dem Notare mündlich zu erklären, und die Urschrift ist dann vom Notare selbst vorzulesen, und in dem Aufsatz die Einhaltung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beurkunden.

Im letzteren Falle hat der Notar nebst den Zeugen auf dem Umschlag des übergebenen Testamentes, oder auf einem mit dem Notariatssiegel zu verschließenden Umschlag die Erklärung des Testators zu bescheinigen, daß das im Verschluß Enthaltene sein letzter Wille sei, und über den ganzen Vorgang einen Akt aufzunehmen.

Die Testamente ersterer Art müssen von dem Notare unter persönlichem Verschlusse als Urschriften aufbewahrt, und dürfen dem Testator nur in Abschrift mitgetheilt werden (art. 82 u. 94 des N.G.); sie können nur durch ein späteres (auch Privat-) Testament abgeändert werden. Die übergebenen Testamente hat der Notar zwar auch zu verwahren, er darf sie jedoch auf Verlangen unter Errichtung einer Urkunde über die Rückgabe dem Testator wieder aushändigen, muß jedoch letzteren dabei aufmerksam machen, daß durch die blose Zurücknahme ein solches Testament nicht unkräftig wird, solange es unversehrt, und unverändert geblieben ist, denn durch die von dem Notar darauf gesetzte Urkunde ist es ein öffentliches Testament geworden, welches nur durch Widerruf oder Vernichtung ungültig wird (art. 26 der Notariats-Gesetzes, Tit. XIII. § 6 und 7 des M. L. R.) Nach art. 148 des Notariatsgesetzes sind Testamente, welche nicht genau nach den angeführten Anordnungen der §§ 60 u. 61 aufgenommen sind, keine öffentlichen Testamente, sie können aber die Kraft von Privattestamenten haben, wenn sie den Bestimmungen des M. L. R. entsprechen.

Ueber das Weitere hierher Gehörige vergl. man E. v. Zink Commentar über das Notariatsgesetz zu den angezogenen Artikeln.

[2]) Die Notariatsordnung Keiser Maximilians I. von 1512 enthält über die Codicille im Titel von Testamenten folgende Bestimmungen:

§ 2. „Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, daß nach kaiserlichen Rechten, zur Aufrechthaltung aller und jeder jetzt erzählten Testamenten, aufs mindest sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gezählt wird: aber in Codicillen, nehmlich darinnen einem außerhalb Ansetzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod, von desselben Erben zu reichen und zu empfahen gesetzt, vermacht, verlassen, oder zu treuen Händen befohlen wird, oder in Uebergaben, so von Todes wegen geschehen: Item und auf dem Gau, wo Bauersleute Testament machten, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, auf mindest fünf Zeugen: Aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Falle, da kein ander ihr Testament zuvorgemacht, abgethan würde; oder von Rittern, die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween Zeugen; Aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen, ohne alle Solennität der Form, und wie sie wollen: aber die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Felde liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen."

§ 11. „Es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen, und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten."

Testamenten Codicille. Ist also die Erbeinsetzung keine direkte, d. h. keine solche, wodurch der Erbe den Nachlaß unmittelbar und ohne Zwischenperson von dem Erblasser erhält, sondern aus den Händen eines anderem zuerst ernannten Erben, oder des Intestaterben, dem die Abtretung der Erbschaft von dem Erblasser auferlegt worden ist, also eine fideicommissarische Erbeinsetzung, so kann diese in einem Codicill geschehen. Die Fideicommisse waren auch nach pr. J. (2. 25) die Veranlassung der Codicille. Die Errichtung eines Codicills setzt daher entweder einen durch Testament ernannten Erben, oder einen Intestaterben voraus, an welchen es gerichtet wird (§ 2. J. [2. 25]. — Glück, Com. VI. S. 558 ff.), und bildet daher auch von dem römisch-rechtlichen Grundsatze, daß jeder, welcher über seinen Nachlaß letztwillig verfügt, über den ganzen Nachlaß verfügen muß, eine Ausnahme. Die verschiedenen Arten der Codicille, ob sie nämlich an den Intestaterben gerichtet sind, oder Bestandttheile eines Testamentes bilden sollen (codicilli ab intestato und ad testamentum facti), stimmen gemeinrechtlich darin überein, daß sie für den Verfasser die active Testamentsfähigkeit erfordern, daß in ihnen niemand ein Erbrecht im eigentlichen Sinne gegeben oder genommen, also auch keiner testamentarischen Einsetzung eine Bedingung hinzugefügt, und darin kein an sich ungültiges Testament bestätigt werden kann. Der Form nach waren die Codicille im römischen Rechte einfacher als die Testamente; es bedurfte nämlich zu ihrer Errichtung nur fünf Zeugen, welche zwar nicht besonders geladen, aber doch vor dem Geschäfte darüber verständigt werden mußten, daß sie als Zeugen zu dem Codicille mitwirken sollten. (l. 8 § 3 C. [6. 26]. — A. G. E. vom 18. Juni 1849. — Vergl. Frankfurter Reformation Thl. IV. Tit. 12 § 2 „auch vor weniger Zeugen, obgleich dieselben unerbetten 2c.")

Im Uebrigen war die Unterschrift des Codicillanten und der Zeugen, sowie Einheit der Handlung gleich wie beim Testamente erforderlich.

Enthielt eine letztwillige Verfügung Mängel, vermöge welcher sie nicht als Testament aufrecht erhalten werden konnte, z. B. weniger Zeugen oder eine Uebergehung der Notherben, gleichwohl aber die Erfordernisse eines Codicilles, so konnte sie durch die angefügte Erklärung, daß sie als Codicill aufrecht erhalten werden sollte, wenigstens als solches Gültigkeit behalten. (§ 201. nr. 3.) Die Erbschaft fällt aber dann an den Intestaterben, welcher die letztwilligen Verfügungen als Legate und Fideicommisse zu vollziehen und sich mit den eingesetzten Erben als Fideicommissar abzufinden hat.

Da es sich also bei einem Codicill nicht um eine Erbeinsetzung handelt, so ist das Codicill im Gegensatz zum Testament eine widerrufliche einseitige Erklärung, durch welche jemand nur über einzelne Stücke, Summen, Rechte oder Pflichten auf den Todesfall verfügt. Die auf diese Weise berufenen Personen werden nicht Erben, sondern Vermächtnißnehmer (Legatare oder Fideicommissare) genannt.

Es fragt sich nun, ob das M. L. R. die Anwendung der Bestimmungen über die Codicille aufgehoben hat, nachdem es dieselben nicht ausdrücklich erwähnt, und ob sich jene Bestimmungen überhaupt mit seinen sonstigen Verfügungen vertragen und neben denselben bestehen können.

In der That scheint auf den ersten Anblick [1]) der wesentliche Unterschied des gemeinen Rechtes zwischen Testament und Codicill, welcher in

[1]) Vergl. § 196 nr. 5. 6. — In Tit. VIII. § 19 hätte es eigentlich heißen sollen: „Wir wollen auch, daß einem jeden freistehen soll, über seine ganze Verlassenschaft oder nur einen Theil derselben in seiner letztwilligen Disposition zu verfügen,

der nur im Testament möglichen direkten Erbeinsetzung gelegen ist, durch Tit. VIII. § 19 des M. L. R. aufgehoben, wenn man vermöge dieser Gesetzesstelle eine letzte Willensverordnung auch ohne direkte Erbeinsetzung als Testament bestehend annimmt. Erwägt man dazu, daß das M. L. R. nach Tit. VIII. § 4 zu einem Privat-Testamente nur drei, also weniger Zeugen erfordert, als das gemeine Recht zu einem Codicille, so liegt die Annahme nahe, daß das M. L. R. einen Unterschied zwischen Testament und Codicill nirgends, und zwar weder bezüglich der Form noch bezüglich des Inhaltes mache, und daß der Ausdruck Testament vom Gesetzgeber thatsächlich gleichbedeutend gebraucht worden sei mit letztwilliger Verfügung überhaupt, wie dieses auch in mehreren Erkenntnissen der bayrischen Gerichtshöfe aus neuerer Zeit ausgesprochen wurde. (A. G. E. vom 27. September 1842 Nr. 2295. — A. G. E. vom 17. August 1860 Nr.I. 7827 bestätigt durch O. A. G. E. vom 16. Februar 1861 Nr. 3120.)

Allein im Allgemeinen kann der innere Unterschied zwischen Testament und Codicill nur da entbehrt werden, wo, wie im französischen Rechte ein von dem gemeinen Rechte ganz abweichendes Erbfolgesystem gültig ist, wornach nur die durch das Gesetz zur Verlassenschaft des Verstorbenen berufenen Personen als Universalsuccessoren oder eigentliche Erben betrachtet werden, so daß diese gesetzliche Erbfolge durch eine letztwillige Verfügung gar nicht ausgeschlossen, sondern nur in ihren Folgen dadurch beschränkt werden kann, daß der Erblasser den Erben auferlegt, die Erbschaft ganz oder theilweise den von ihm benannten Personen herauszugeben, wodurch aber diese keineswegs Universalsuccessoren werden. Das Testament des französischen Rechtes ist daher immer nur ein Intestat-Codicill im Sinne des römischen Rechtes; Testamente im Sinne des römischen Rechtes kommen im französischen Rechte gar nicht vor, da durch letztwillige Verfügung niemals eine Universalsuccession herbeigeführt zu werden vermag. (Zachariä, franz. Civ. Recht § 550.) Dadurch war allerdings im französischen Rechte der auf der Möglichkeit einer letztwilligen Universalsuccession beruhende gemeinrechtliche Unterschied zwischen Testament und Codicill vollkommen beseitigt; der in jenem Rechte für alle zulässigen letztwilligen Verfügungen gebrauchte Ausdruck „Testament“ müßte aber im Sinne des römischen Rechtes eigentlich in die

---

einen direkten Erben braucht er überhaupt nicht zu ernennen. Das Letztere ist nämlich die Abweichung des gemeinen Rechtes, welches in § 34 J. (2. 20) l. 29 C. (6. 23) absolut zu jedem Testament eine Erbeinsetzung verlangt. Strenge genommen hat aber das M. L. R. nicht einmal in diesem Punkte eine Abänderung des gemeinen Rechtes vorgenommen, weil es in Tit. VIII. § 19 nicht ausdrücklich von Testamenten, sondern nur von letzten Willens-Verordnungen überhaupt spricht, und eine Uebereinstimmung zwischen dem gemeinen Rechte und M. L. R. auch hierin hergestellt ist, wenn man unter dem Ausdrucke „letzte Willens-Verordnung“ ein Intestat-Codicill versteht. (§ 199.) Das Statut scheint diesen Ausdruck auch als Uebergang zu den Partikularvermächtnissen in den §§ 20 und 21 und mit Vorsicht gewählt zu haben, weil in allen übrigen Paragraphen dieses Titels, wo von wirklichen Testamenten die Rede ist, auch die Bezeichnung „Testament“ und „Testiren“ gewählt wurde. (Vergl. §§ 4. 5. 6. 8. 14. 16. 17. 18.) In § 7 ist zwar das Wort „Testament“ nicht gebraucht, obgleich diese Gesetzesstelle nur von Testamenten handeln kann, allein durch den Ausdruck „einer solchen letzten Willensverordnung“ wurde der Ausdruck offenbar dem Worte „Testament“ gleichgestellt. In allen übrigen Fällen, welche auch auf Singularsuccessionen anwendbar sind, in den §§ 9. 10. 11. 12. 13. 15. 19. 20. 21. ist der Begriff des Testirens dagegen sorgfältig vermieden.

Bezeichnung „Intestat-Codicill“ umgewandelt werden. Dagegen hat das österreichische Gesetzbuch § 553, obgleich es den formellen Unterschied zwischen Testament und Codicill nicht kennt, doch materiell ausgeschieden: „Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heißt sie Testament; enthält sie aber nur andere Verfügungen, so heißt sie Codicill.“ Auch das Preußische Landrecht hat, obgleich es den römischen Grundsatz: nemo pro parte testatus 2c. aufgehoben hat, den Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen beibehalten. (Thl. I. Tit. 12 § 3—45.)

Das M. L. R. stimmt nun mit dem französischen Systeme keineswegs vollkommen überein, indem es zwar in Tit. VIII. § 19 die Einsetzung eines Erben nicht gerade zur Pflicht macht, aber doch zuläßt, und damit auch den so bedeutenden Unterschied zwischen einer letztwilligen Universal- und Singular-Succession nebst den damit verknüpften Folgen nicht nur nicht aufgehoben, sondern an anderen Stellen großentheils ausdrücklich aus dem gemeinen Rechte wiederholt hat, z. B. in Tit. IX. § 4, XI. § 1.

Wenn hiernach nun zugegeben werden muß, daß das gemeinrechtliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Testament und Codicill nach M. L. R. nicht unbedingt in der äußeren Form der Erbeinsetzung zu suchen ist, so ist doch damit nicht ausgeschlossen, daß auf einen letzten Willen, welcher eine Erbeinsetzung enthält, der Rechtsbegriff „Testament“ mit seinen Folgen ebensogut nach M. L. R. als nach gemeinem Rechte angewendet werden muß, gleichwie dieses vom Rechtsbegriff „Codicill“ für alle jene letztwilligen Verfügungen gilt, welche zwar keine Erbeinsetzung, aber Legate u. dergl. enthalten. Es kann daher nach M. L. R. eine letztwillige Verfügung nach der Form der Errichtung zwar ein Testament sein, nach ihrem Inhalt und Wesen aber, wornach sich auch ihre Wirkungen (§ 194—196) bestimmen, kann sie als Codicill erscheinen.

Daß das M. L. R. die Codicille übrigens thatsächlich und in ihren Wirkungen kennt, ergibt sich aus Folgendem:

1) Nach dem Publikationspatente muß überall das gemeine Recht zur Anwendung kommen, wo das Statut nicht ausdrücklich Abänderungen vorgenommen hat. Wenn also das M. L. R. die Codicille nicht ausdrücklich erwähnt hat, so hat es deren Bedeutung nicht allein nicht aufgehoben, sondern vielmehr stillschweigend bestätigt. (A. G. E. vom 23. Oktober 1841 Nr. 2419.)

2) In Tit. VIII. § 21 ist unter den Worten „alle übrigen Gattungen eines letzten Willens“ offenbar ein Gegensatz zu den in den vorausgehenden Paragraphen abgehandelten Testamenten gemacht, es können daher unter den übrigen Gattungen des letzten Willens nur die Codicille verstanden sein, weil letztwillige Verfügungen nur in Form von Testamenten oder Codicillen möglich sind. Diese Worte des Gesetzes sind auch dem römischen Rechte über Codicille (l. 8 § 3 C. [6. 26]) »in omni autem ultima voluntate excepto testamento quinque testes« 2c. genau nachgebildet, und hier wie dort kann kein Zweifel sein, daß von Codicillen die Rede ist.

3) Dasselbe ergibt sich aus Tit. XI. § 1, wornach „Legate oder sonstige Vermächtnisse nicht allein durch Testamente, sondern auch ohne Testament nach der in Tit. VIII. vorgesehenen Form hinterlassen werden können.“ Hier muß offenbar von Hinterlassung eines Legates 2c. ohne Testament, also in einem Codicill die Rede sein.

4) Das M. L. R. geht in Anwendung des rechtlichen Begriffes der Codicille sogar noch viel weiter als das gemeine Recht, indem es in Tit. VIII. § 19 verordnet, daß auch ohne Beifügung der Codicillar-Clausel (freilich in einem vom gemeinen Rechte abweichenden Sinne § 200) diese von selbst als jedem Testamente beigefügt erachtet, und angenommen werden soll, daß jener Theil des Nachlasses, welchen der Testator in seinem Testamente nicht erwähnt hat, den Intestaterben hinterlassen sei. Hieraus geht hervor, daß alle Testamente, selbst die ganz formrichtigen, nicht als Testamente, sondern als Intestat-Codicille betrachtet werden sollen, wenn darin kein Erbe eingesetzt ist, daß mithin die gemeinrechtliche Lehre von den Singularsuccessionen auch durch diese Gesetzesstelle keine Einschränkung erfahren hat.

5) Ueberdieß hat aber auch die ältere Praxis den Unterschied zwischen Testament und Codicill und die materielle und wesentliche Bedeutung der Codicille, wie sich aus vielen Erkenntnissen der kurmainzer Gerichtshöfe nachweisen läßt, festgehalten. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Januar 1789, J. S. Keßler gegen Happel. — Erk. des Rev.-G. vom 30. Juli 1802, J. S. Müller gegen Ackermann.)

Auch die verwandte Frankf. Reform. hat in Thl. IV. Tit. 12 eine Ausscheidung der Codicille von den Testamenten vorgenommen, und diese Lehre nach Analogie des gemeinen Rechtes entwickelt, wozu dem M. L. R. keine Veranlassung geboten schien, weil es sich bezüglich aller seiner Lücken auf das gemeine Recht beruft, und diese mit letzterem ergänzt wissen will.

Wenn nun hiernach als feststehend angenommen werden muß, daß in Tit. VIII. § 21 die Form aller letztwilligen Verfügungen mit Ausnahme jener der Testamente angegeben ist, das M. L. R. aber überdieß schon die Förmlichkeiten der Testamente gegen das gemeine Recht sehr beschränkt hat, so können auch die Förmlichkeiten der Codicille des M. L. R. einerseits nicht nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, sondern nur nach jenen des M. L. R. beurtheilt werden (A. G. E. vom 27. September 1842 Nr. 2295), anderseits ist aber schon aus dem Gegensatze, in welchen die Codicille durch Tit. VIII. § 21 zu den Testamenten gebracht wurden, anzunehmen, daß das M. L. R. die Förmlichkeiten der Codicille nicht der Form der Testamente gleichstellen wollte, indem es sonst auf die Testamentsform hätte verweisen müssen.

Es soll damit nicht gesagt werden, daß unter der Herrschaft des M. L. R. nicht auch nach der Form des gemeinen Rechtes codicillirt werden könnte, oder daß man zum Codicill nicht auch die Form des Testamentes des M. L. R. wählen dürfte, allein nach dem Wortlaute des Tit. VIII. § 21 dieses Statutes genügt es zur Gültigkeit eines Codicilles, wenn der Disponirende diese Art seiner letzten Willensmeinung eigenhändig unterschreibt und von drei Zeugen unterschreiben läßt, oder falls er nicht selbst schreiben kann, einen vierten Zeugen beizieht. Von der Einheit der Handlung, von der gleichzeitigen Anwesenheit der Zeugen und deren Berufung, von Eröffnung des letzten Willens 2c. ist also hier keine Rede (A. G. E. vom 18. Juni 1849 Nr. 464), wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß den Zeugen bemerklich gemacht wird, daß sie eine letztwillige Verfügung unterschreiben. Es können demnach die einschlägigen Bestimmungen des gemeinen Rechtes rücksichtlich der Codicillarform nicht hierher bezogen werden, da sie das M. L. R.

nach seinen ausdrücklichen Worten nicht für nöthig erachtet, indem es erklärt, daß die Codicille ihre gute und unverwerfliche Richtigkeit haben sollen, sobald sie nur vom Disponenten und drei Zeugen unterschrieben sind. Dieses hat auch die ältere Praxis des M. L. R. angenommen, indem sie den Grundsatz aufstellte, daß es bei den Codicillen überhaupt weniger auf die Solemnitäten der Errichtung, als auf den Beweis der Wahrheit des Faktums ankomme, welcher abgesehen von den Erfordernissen eines Privat-Codicilles mit jeder öffentlichen Urkunde erbracht werden könne. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Januar 1789, J. S. Keßler gegen Happel.)

Die Praxis des M. L. R. folgte hierin der Aufstellung des gemeinen Rechtes (§ 3 J. [2. 25]), daß die Zeugen beim Codicill nicht der Solemnität wegen, sondern nur zum Beweise erforderlich seien, und verweist auf die Notariatsordnung von 1512, indem sie annimmt, daß der Errichter eines Codicilles im Falle des Tit. VIII. § 21 dasselbe nicht nothwendig in Gegenwart der Zeugen unterschreiben müsse. (Erk. des Rev.-G. vom 30. Juli 1802, J. S. Müller gegen Ackermann.)

Diese Ausschließung des gemeinen Rechtes betrifft aber nur die Form der Codicille, nicht deren Wesen, weil in Tit. VIII. § 21 nur die erstere erwähnt ist. Die angegebene Form muß aber auch nach M. L. R. beobachtet werden, wenn ein Privat-Codicill Gültigkeit erlangen soll, weil sie zur Beweiskraft vorgeschrieben ist. (A. G. E. vom 27. September 1842 Nr. 2295.)

Außer der schriftlichen Codicillarform hat die Praxis des M. L. R. angenommen, daß auch mündliche Codicille analog dem Tit. VIII. § 18 errichtet werden dürfen, weil nach Tit. VIII. § 18 des M. L. R. auch nicht vollständige schriftliche Testamente als mündliche gelten können. (Erk. des Rev.-G. vom 30. Juli 1802, J. S. Müller gegen Ackermann.)

§ 194.

1) Inhalt der Codicille.

Was nun den Inhalt der Codicille betrifft, so sind die deßfallsigen Bestimmungen des gemeinen Rechtes durch das M. L. R. nicht abgeändert worden.

Es kann daher:

a) In einer letztwilligen Verfügung, welche nur die Form eines Codicilles nachweist, ein direkter Erbe nicht eingesetzt, oder selbst nicht in guter Absicht, irgend jemand enterbt, oder ein in einem Testamente eingesetzter Erbe entsetzt, oder jener Einsetzung eine Bedingung beigefügt, überhaupt die Einsetzung eines Erben oder die Intestaterbfolge nicht geändert werden. (§ 2. 3. J. [2. 25].)

Dagegen soll die Bestätigung einer testamentarischen ungültigen Erbeinsetzung oder Pupillarsubstitution durch ein Codicill als Fideicommiß aufrecht erhalten werden. (l. 2 § 4 D. [29. 7] l. 76 D. [36. 1].)

Auch darf der Name des Erben in einem Codicill angegeben werden, wenn dieses im Testament vorbehalten wurde. (l. 77 D. [28. 5] l. 10 pr. D. [28. 7].)

b) Es muß auch nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes der Codicillar-Clausel nebst der in § 19 Tit. VIII. des M. L. R. angegebenen Bedeutung der römisch-rechtliche Sinn beigemessen werden, daß ein Testament, dem sie angehängt ist, als ein Codicill gelten soll, soferne es nicht als ein solennes nach Vorschrift des M. L. R. bestehen kann, jedoch den Anforderungen des Tit. VIII. § 21 genügt. (Erk. des Rev.-G., J. S. Tuchmann gegen Esser vom 30. Juli 1802. — Seufferts Archiv Bd. X. nr. 274. — Const 16. 18 X. de testib. [3. 26].)

§ 195.

2) Folgerungen.

Aus diesen Grundsätzen folgt, daß wenn

1) Jemand ein Testament gemacht, und in demselben einen Erben eingesetzt hat, und nachher in einem Codicill verordnet, daß nach seines Erben Tod eine andere Person Erbe sein soll, diese Verordnung die Wirkung hat, daß nach dem Tode des Testamentserben die Erbschaft der im Codicill benannten Person als Fideicommiß restituirt werden muß.

2) Daß wenn jemand in einem Testament oder Intestat-Codicill einen direkten Erben einsetzt, dieser im ersteren Falle wirklicher Erbe, im letzteren nur Fideicommißerbe ist. Die wesentliche Bedeutung dieser Regel liegt darin, daß sich der Fideicommißerbe vom Intestaterben die Trebellianische Quart muß abziehen lassen. (M. L. R. VIII. 19.)

3) Ein testamentarisches Codicill verbindet nur die Testamentserben, ein Intestat-Codicill aber in der Regel jeden Erben, also auch den entfernteren, wenn der nähere die Erbschaft ausschlägt, ausgenommen, wenn es nur an die nächsten Erben gerichtet ist.

4) Wenn jemand auch in einem den Formen des M. L. R. vollständig entsprechenden Testament als Erbe auf eine bestimmte Summe oder Sache eingesetzt ist, und neben ihm keine weiteren Erben benannt wurden, so gilt dieses Testament doch nur als Codicill, und jener obgleich zum Erben Ernannte ist nur als Vermächtnißnehmer zu betrachten, weil er auch gemeinrechtlich nicht als ein Universalsuccessor betrachtet werden könnte (§ 266). Sind jedoch neben einer solchen Einsetzung auch Erben auf aliquote Theile des Nachlasses oder den ganzen Nachlaß berufen, so sind diese wirkliche Erben, und der zu einer einzelnen Sache oder Summe Berufene bleibt Vermächtnißnehmer. Wurde durch diese Verfügung die ganze Erbmasse nicht entschöpft, und es verbleibt ein aliquoter Theil ohne Bestimmung, so ist rücksichtlich dieses im Testamente nicht berührten Theiles das Testament nur als ein Codicill zu betrachten (Tit. VIII. § 19), und jener freie Theil des Nachlasses fällt den Intestaterben anheim, sie mögen bereits im Testamente genannt sein, oder nicht. Es besteht dann eine testamentarische und Intestaterbfolge neben einander, und möglicherweise sogar in derselben Person, wenn der Testamentserbe auch Intestaterbe ist (§ 186).

5) Wenn jemand über seinen Nachlaß testamentarisch verfügen will, so muß er gemeinrechtlich einen Erben (direkten Erben) nach dem Grundsatze »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« ernennen, nach M. L. R. ist dieses nicht nothwendig. Sobald er aber

einen Erben ernennen will, oder beim Vorhandensein von Notherben bei Errichtung eines Testamentes schuldig ist, Erben zu ernennen (§ 209. 235), so muß er dieses in einem den Vorschriften des M. L. R. entsprechenden Testamente thun, und es kann keine Erbeinsetzung in einem Codicill geschehen.

6) Wenn eine den Vorschriften des M. L. R. entsprechende testamentarische Verfügung vorliegt, und es entsteht die Frage, ob die darin benannten Personen als Erben oder Vermächtnißnehmer zu betrachten sind, so kommt es nicht auf den Namen an, mit welchem die Einsetzung geschehen ist, sondern auf den Inhalt des Vermächtnisses, ob es eine bestimmte Sache oder einen aliquoten Theil des Nachlasses betrifft. Im ersten Falle ist der testamentarisch Bedachte nur Vermächtnißnehmer, im letzteren Falle aber wirklicher Erbe (§ 186).

7) Nebstdem wird gemeinrechtlich auch der specielle Wille erfordert, ein Codicill zu errichten, welcher sich aus dem Willen, zu testiren, nicht folgern läßt, denn Beides ist verschieden. Es kann daher ein Testament nicht als Codicill gelten, obwohl alle Erfordernisse eines Codicilles vorhanden sind (l. 1 D. [29. 7]), soferne nicht aus der beigefügten Codicillar-Clausel der alternative Wille zu testiren oder zu codicilliren hervorgeht. Für das M. L. R. gilt dieses ebenfalls insofern, als ein direkter Erbe nur in einem Testamente eingesetzt werden kann, und daß, wenn die Testamentsförmlichkeiten fehlen, weder eine Erbseinsetzung, noch ein Codicill besteht, sobald nicht die gemeinrechtliche Codicillar-Clausel beigefügt ist; denn die selbstverständliche Codicillar-Clausel des M. L. R. bewirkt blos, daß die Intestaterbfolge für jenen Theil des Nachlasses eintritt, über welchen nicht letztwillig verfügt wurde, den nicht rite eingesetzten direkten Erben macht die Codicillar-Clausel des M. L. R. nicht zum Fideicommissar (§ 200), wie dieses durch Beifügung jener Clausel nach gemeinem Rechte geschieht (§ 193).

§ 196.

3) Auslegung der Codicille.

Handelt es sich um die Auslegung eines Codicills, welches sich auf ein Testament bezieht, so ist nach dem Grundsatze, daß jede letztwillige Verfügung möglichst aufrecht erhalten werden soll (l. 12 D. [50. 17], l. 1 C. [1. 2]), das Codicill dahin zu interpretiren, daß es die frühere Verfügung nicht aufhebe, sondern nur erläutere oder bestätige. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Januar 1789, J. S. Keßler gegen Happel.) (§ 273 nr. 2.)

Bei der Frage, ob es sich um ein Testament oder Codicill handle, kommt es nicht auf den dafür vom Disponenten gebrauchten Ausdruck und die gewählte Form an, sondern mehr auf den Sinn und Willen des Erblassers, so daß, obgleich in dem als Codicill bezeichneten letzten Willen das Wort „Erbe" gebraucht ist, doch diese Verfügung nicht dadurch schon ungültig, und das etwa früher errichtete Testament aufgehoben wird, sondern es werden nur die in dem letzteren etwa vermachten Legate verändert, damit aber zugleich dessen weiterer Inhalt bestätigt. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Januar 1789, J. S. Keßler gegen Happel.)

Ist aus dem letzten Willen zu schließen, der Testator habe mehr ein Codicill als Testament beabsichtigt, oder ein Fideicommiß errichten wollen, so ist diese Anordnung dahin zu beziehen, daß obwohl in einem Codicill keine Erben ernannt werden können, die in dem letzten Willen nicht genannten Intestaterben gebeten seien, die Erbschaft dem im Codicill benannten Erben zuzustellen, nachdem gemäß § 2 J. (2. 25) nur die unmittelbare Uebertragung einer Erbschaft durch ein Codicill untersagt, wohl aber in einem Codicill durch ein Fideicommiß eine Erbschaft mit Gültigkeit hinterlassen oder ein im Testamente eingesetzter Erbe mit einem Fideicommiß beschwert werden kann. (Carpzow II. decis. 152. — Stryk de C. T. § 23. — l. 2 C. [6. 36].)

Wo aber erhellt, der Testator habe ein Testament, nicht aber ein Codicill machen wollen [1]), findet jene Auslegung nicht statt, weil nicht angenommen wird, es habe derjenige ein Codicill gemacht, welcher ein ordentliches Testament errichten wollte und dieses nicht auch (durch die Codicillar=Clausel) als Codicill wollte gelten lassen. (l. 1 D. [50. 17], l. D. [29. 7], Stryk l. c. § 32.) Die Ursache, warum der Erbeinsetzung in einem Codicill keine beschwerende Bedingung beigefügt werden kann, liegt darin, weil man dieses als eine neue Erbeinsetzung betrachten müßte, welche in einem Codicill nicht geschehen kann.

§ 197.

4) Von den testamentarischen Codicillen.

Die testamentarischen Codicille, welche neben einem Testamente errichtet werden, sind entweder in dem Testamente selbst bestätigt, oder nicht. Die Bestätigung kann sich entweder auf schon errichtete Codicille beziehen oder auch für die künftig zu errichtenden Codicille im Voraus erklärt werden. (l. 18 D. [29. 7].) Diese Bestätigung ist jedoch zur Gültigkeit des Codicills nicht erforderlich (§ 1 J. [2. 25]), wenn nur das später errichtete Testament nichts dem Codicill Widersprechendes enthält. Ein solcher Widerspruch ist auch im Zweifel nicht zu vermuthen. (l. 27 C. [6. 23].)

Die durch ein Testament bestätigten Codicille sind indeß insoferne im Zusammenhange mit dem Testament, als sie ihre Kraft von diesem erhalten (l. 3 § u. l. 16 D. l. 6.C. h. t.) und also, wenn das Testament ungültig ist, auch die dazu gehörige Codicille nicht gelten können. Sollen solche Codicille kräftig bleiben, so müssen sie aufs Neue bekräftiget werden, und es sind dazu dieselben Feierlichkeiten wie überhaupt zu Codicillen nothwendig. Sollten jedoch solche Codicille zu einer Zeit errichtet werden, wo das Testament selbst schon unkräftig war, so sind sie an sich rechtsbeständig, und nicht mehr als der Anhang dieses bereits unkräftigen Testamentes anzusehen. (l. 1 C. [6. 36].)

Auch die mit oder erst nach einem Testamente gemachten Codicille haben ihre Kraft aus demselben und sind für dessen Theil zu achten

[1]) In den Gesetzen wird es als ein Beweis angesehen, daß der Erblasser ein Testament und nicht ein Codicill machen wollte, wenn er in dem fraglichen letzten Willen eine Enterbung vornimmt, oder einen Erben benennt. (l. 14. C. [6. 23].)

(l. 3 § 2, l. 16 D [29. 7]), sie seien ausdrücklich im Testamente vorbehalten, oder nicht.

Hieraus folgt, daß die in einem testamentarischen Codicille getroffenen und darin zulässigen Anordnungen so zu betrachten sind, als ob sie im Testamente selbst gemacht worden wären (l. 2 § 2 D. [29. 7], l. 8 § 5 D h. t.). Wird sonach in einem Codicill über eine Sache verfügt, welche wohl zur Zeit der Errichtung des Codicilles, aber nicht zur Zeit der Testaments-Errichtung Eigenthum des Erblassers war, so ist diese Verfügung eine fideicommissarische, umgekehrt eine direkte.

Hieran reihen sich folgende gemeinrechtliche Bestimmungen:

a) Wo es nicht sowohl auf das Recht, als auf eine Thatsache ankommt, muß das in Codicillen Geschriebene nicht so beurtheilt werden, als wenn es zu der Zeit, wo die Codicille bestätigt wurden, geschrieben wäre. Wenn es z. B. im Codicill heißt: ich will dem NN. mein Grundstück N. hinterlassen, so muß die Zeit der Codicill-Errichtung, nicht jene der Bestätigung durch das Testament in Erwägung kommen, ebenso wenn etwas unter einer Bedingung vermacht wurde, daß N. am Leben, oder so und so alt ist. zc. zc. (l. 7 § 1 D. [29. 7].)

b) Wenn der Testator später die Fähigkeit zu testiren verliert, und in diesem Zustande ein Codicill errichtet, so ist letzteres ungeachtet der Rechtsbeständigkeit des Testamentes ungültig, es sei denn, daß der Erblasser vor seinem Tode die active Testamentsfähigkeit wieder erlangt. (l. 7 pr., l. 8 § 3 D. [29. 7], l. 12 § 5 D. [(49. 15].)

c) Werden außer der Fähigkeit zu testiren noch besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse zur Gültigkeit der Verfügung erfordert, z. B. die Nichtüberschuldung, das gehörige Alter zc., so wird blos auf die Zeit der Errichtung des Codicilles und nicht auf die Zeit der testamentarischen Bestätigung Rücksicht genommen, das Codicill ist dann unabhängig von dem Testamente gültig oder ungültig. (l. 4 D [27. 7].)

d) Ebenso sind die subjektiven Eigenschaften des in einem Codicill Bedachten nach der Zeit seiner Errichtung zu beurtheilen, nämlich, ob er zur Zeit der Codicillarerrichtung schon geboren war, in welchem Falle das Vermächtniß gilt, oder ob er zu jener Zeit schon todt war; in diesem Falle ist das Vermächtniß ungültig, obgleich der damit Bedachte zur Zeit der Testamentsabfassung noch lebte. (l. 2 pr. § 1, l. 6 § 4, l. 14, pr. l. 14 u. 15. D [29. 7].)

§ 198.

5) Testamentszettel.

In einzelnen Statutarrechten [1]) hat die Ansicht älterer Juristen [2]) Aufnahme gefunden, daß testamentarische Codicille, wenn sie von des Verfassers Hand geschrieben oder unterschrieben, und dem Testamente beigelegt sind, gleiche Gültigkeit haben sollen, als wenn sie vor Zeugen aufgerichtet wären. Man nennt solche Codicille Testaments-Zettel

---

[1]) Frankfurter Reformation Thl. IV. Tit. XII. § 4.

[2]) J. H. Böhmer de codicillis absque testamentis validis in exercit. ad Pand. tom V. nr. 78. — G. L. Böhmer in praef. § 14. — Stryk, usus modern. Pand. et jure codic. § 3. — Harprecht, vol. 1. Cons. Tub. 5.

(schedulae). Allein das M. L. R. kennt diese Art von Codicillen nicht, und ihre Annahme widerstreitet auch den Lehren des römischen Rechtes »in omni voluntate, excepto testamento, quinque testes debent adhiberi« (l. 8 § 3 C. [4. 36]), denn die Formen, womit die Gesetze alle letztwilligen Verfügungen als Bedingung ihrer Gültigkeit umgeben haben, haben offenbar den Zweck, um den Inhalt gegen Fälschung und Unterschiebungen zu sichern (ne quid falsitatis incurrat« l. 32. C. [6. 42]). Durch Zulassung solcher formlosen Beilagen zu Testamenten würde dieser Zweck offenbar vereitelt. (Holzschuher Casuistik, Bd. II. Abth. 1 S. 799.)

§ 199.

6) Von den Intestat-Codicillen.

Die Intestat-Codicille sind selbstständige letzte Willensakte, und stehen als solche in keiner Wechselwirkung mit einem Testamente »nihil desiderant, sed vicem testamenti exhibent.« l. 16 D. (29. 7.) — »Sed et intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest § 1 J. (2. 25.) — Die Testirfähigkeit ist zu diesen Codicillen ebenso erforderlich wie zu den Testamenten.

Bezüglich der Erbeinsetzung weichen dagegen die Intestat-Codicille von den Testamenten vollständig ab, indem in ihnen kein Erbe eingesetzt werden kann; sie vertreten daher nur in ihrer Sphäre die Stelle des Testamentes. Allein im Grunde genommen besteht doch auch hierin eine nahe Verwandtschaft der Intestat-Codicille mit den Testamenten, indem es in der Hauptsache gleich bedeutend bleibt, ob man dem Intestaterben durch Errichtung eines Testamentes und Ernennung eines Erben etwas entzieht, was er ohne das Bestehen des Testamentes erhalten haben würde, oder ob man durch Errichtung eines Intestat-Codicilles dem Intestaterben eine Verpflichtung (Fideicommiß) auferlegt, wodurch er dessen indirekt entsetzt wird, was ihm ohne ein solches Codicill zu Theil geworden wäre.

Die römischen Juristen drücken diesen Gedanken aber auch positiv dadurch aus, daß der testirfähige, aber ohne Testament verstorbene Erblasser so zu betrachten sei, als ob er die zur Succession gelangenden Intestaterben selbst zu Erben eingesetzt hätte, und erblicken hierin die Rechtfertigung für eine etwaige Belastung der Intestaterben durch Intestat-Codicille. (l. 3 pr. § 1 D. [29. 7].)

Man kann daher allerdings auch gemeinrechtlich von einer stillschweigenden oder fingirten Erbeinsetzung der Intestaterben sprechen. (Mühlenbruch, Lehrb. des P. R. III. Thl. § 729 not. 9. — Glück, Com. Bd. 44 S. 308 ff.)

Wendet man diese Sätze auf das M. L. R. an, so muß man auf den ersten Blick erkennen, daß sie in Tit. VIII. § 19 vollkommen ausgeprägt sind, indem man es auch hier nur mit einer letzten Willensdisposition zu thun hat, welche entweder über den ganzen Nachlaß oder nur einen Theil desselben sich erstrecken kann. Im ersteren Falle besteht nämlich ein wirkliches Testament, obgleich das Wort „Testament" vom Gesetzgeber sorgfältig und gewiß nur in der Absicht vermieden wurde, um beide Fälle in einem § zusammenfassen zu

können. Im letzteren Falle erscheint aber das vollkommene gemeinrechtliche Intestat-Codicill, wobei jener Theil des Nachlasses, worüber nicht disponirt wurde, den Intestaterben zufällt. (Vergl. § 193 not. 2. — § 222 nr. 1.)

Dabei ist jedoch nicht zu übersehen, daß, wenn nach Tit. VIII. § 19 eine Erbeseinsetzung (aus einem universellen Rechtstitel § 186) in einem formrichtigen Testamente geschehen ist, dieser Erbe geradeso und nach jenen Regeln als Erbe zu betrachten ist, wie es der Intestaterbe neben dem Testamente rücksichtlich jenes Theiles des Nachlasses bleibt, über welchen im Testamente nicht verfügt wurde, weil der Grundsatz »nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest« im M. L. R. nicht mehr besteht. (Vergl. § 184.)

Auf diese Weise kann der Erblasser durch ein Intestat-Codicill alle jene belasten, welchen, und soweit er ihnen seine Erbschaft durch Testament entziehen konnte, es kann auch in einem solchen Intestat-Codicill Alles angeordnet werden, was in einem unbestätigten testamentarischen Codicille anzuordnen erlaubt ist. (Glück, Bd. 44 S. 323.)

§ 200.

6) Von der Codicillar-Clausel.

Wenn das M. L. R. VIII. § 19 verordnet, daß die Codicillar-Clausel bei jedem Testamente als beigefügt zu erachten sei, ob sie ausdrücklich erwähnt wurde, oder nicht, so versteht es darunter doch nur, daß jene Theile seines Nachlasses, worüber der Testator im Testamente nicht besonders verfügt hat, den Intestaterben nicht als Legat oder Fideicommiß, sondern als wirkliche Erbschaft, und daher ohne Abzug der quarta Falcidia oder Trebellianica [1]) zufallen soll. Es hängt dieses mit dem Vordersatz des Tit. VIII. § 19 zusammen, wonach jedem freisteht, über seinen ganzen Nachlaß, oder nur einen Theil desselben zu verfügen, d. h. mehrere oder einen direkten Universalerben zu ernennen, oder auch in Testaments-Form nur Vermächtnisse zu machen.

Diese Art der Codicillar-Clausel stempelt ein Testament, auch wenn es vollkommen formrichtig errichtet ist, zu einem Codicill, sobald darin zwar eine Erbe, jedoch nur auf einen bestimmten Theil der Erbschaft ernannt wurde, während die Codicillar-Clausel gemeinrechtlich nur den Sinn hat, ein Testament, welches als solches nicht bestehen kann, wenigstens als Codicill zu erhalten [2]), und so die unwirksam eingesetzten Erben zu Fideicommißerben zu machen.

---

[1]) Wenn die gemeinrechtliche Codicillar-Clausel zur Wirkung gelangt, gebührt gerade im Gegensatz zu den Bestimmungen des M. L. R. den Intestaterben das Recht, die Quarta Trebellianica oder Falcidia, und falls sie Notherben sind, den Pflichttheil für sich abzuziehen (Thibaut § 937), weil hiebei der Intestaterbe Fiduciar wird.

In diesen Gegensätzen prägt sich der wesentliche Unterschied zwischen dem gemeinen Rechte und der Intention des M. L. R. aus.

[2]) Die Formel der gemeinrechtlichen Codicillar-Clausel ist etwa folgende: Soferne dieses Testament aus irgend einer Ursache, oder wegen irgend welchen Mängeln nicht als solches gelten und kräftig sein sollte, so soll es doch als ein mündliches Testament, Codicill, Fideicommiß oder Schenkung von Todeswegen, oder als irgend eine andere letztwillige Verordnung aufrecht erhalten werden, und gültig sein.

Diese Clausel des M. L. R. muß sich allerdings von selbst verstehen, weil dieses Gesetz eine theilweise letztwillige Verfügung zuläßt, wodurch natürlich bezüglich des übrigen Nachlasses, über welchen nicht verfügt wurde, die Intestaterbfolge nicht ausgeschlossen ist; ist aber eine letztwillige Verfügung als Testament nach M. L. R. z. B. wegen unterlassener Zeugenerbittung ungültig, und soll es als Codicill aufrecht erhalten werden, so genügt selbstverständlich dazu die Codicillar-Clausel des M. L. R. nicht, weil dann die ganze testamentarische Verfügung an sich ungültig erscheint, und nur durch förmliche Anhängung der römischrechtlichen Codicillarclausel in der Eigenschaft als Codicill aufrecht erhalten werden kann [1]). Die in einer solchen letztwilligen Verfügung erfolgte direkte Erbeinsetzung ist aber dann geradeso wie nach den oben bereits erörterten Principien des gemeinen Rechtes als Erbeinsetzung ungültig, und es besteht nur lediglich noch ein Codicill im Sinne und mit den Wirkungen des gemeinen Rechtes.

Die gemeinrechtliche Codicillar-Clausel muß dem Testamente ausdrücklich beigefügt sein, sie versteht sich also nicht von selbst wie jene sog. Codicillar-Clausel des M. L. R., denn nur diese wird vom Statut erwähnt, über jene aber bestimmt das gemeine Recht in l. 41 § 3 D. (28. 6) „daß, wenn das Testament nicht gilt, sich auch das, was als Testament nach dem Willen des Erblassers niedergeschrieben wurde, nicht in ein Codicill verwandelt, wenn dieses nicht ausdrücklich gesagt wurde."

Der Grund, warum die Codicill-Clausel des gemeinen Rechtes nicht stillschweigend unter jedem Testamente zu verstehen ist, liegt darin, daß bei demjenigen, welcher ein Testament errichtet, und die Testamentserrichtung beabsichtiget, nicht angenommen werden kann, er habe ein Codicill machen wollen. (l. 1 D. [29. 7], l. 8 § 1 C. [4. 36], l. 3 D. [29. 1], l. 41 § 3 D. [28. 6.] — Glück, Com. Bd. 45 S. 193 ff.)

§ 201.

Wirkungen der Codicillar-Clausel auf ungültige Testamente.

Eine der am meisten bestrittenen Fragen des Erbrechtes ist die, in wieweit ungültige Testamente durch die Codicillar-Clausel zwar nicht mehr als Testamente, aber als Codicille aufrecht erhalten werden können. (l. 8 § 1 C. [6. 36].) Obwohl die Antwort im Allgemeinen aus dem römischen Rechte für das M. L. R. zu schöpfen ist, so soll sie doch ihres Zusammenhanges wegen hier kurz erwähnt werden.

1) Unbestritten ist es, daß, wenn ein Testament die Erfordernisse eines Codicilles von Anfang an nicht hat, oder nicht bis zum Tode des Erblassers behält, es auch als Codicill nicht aufrecht erhalten werden kann. Wenn also der Erblasser zur Errichtung eines Testamentes überhaupt unfähig war — ein gerichtlich erklärter Verschwender, ein Wahnsinniger ꝛc. — oder wenn er die Fähigkeit später verliert — testamentum irritum — oder wenn das Testament völlig wider-

---

[1]) In diesem Falle muß das Testament die Eigenschaften eines Codicilles haben.

rufen wird, bleibt die Clausel ohne Wirkung. (l. 5 C. [29. 7]. — Carpzov P. III. cap. 4 def. 39.)

War jedoch der Widerruf eines früheren vollgültigen Testamentes durch ein Testament geschehen, welches nur durch die Codicillar-Clausel erhalten werden kann, so sind die im zweiten Testamente ernannten Nachfolger als Vermächtnißnehmer der im ersten Testamente eingesetzten Erben zu betrachten, weil durch ein bloses Codicill in der Regel ein älteres gültiges Testament nicht aufgehoben werden kann. (Thibaut, § 978.)

2) Ein pflichtwidriges Testament, d. h. ein solches, in welchem Pflichttheilsberechtigte zwar in der gehörigen Form, aber aus unwahren oder unerweislichen Ursachen enterbt, oder übergangen sind, kann nur dann als Inteſtat-Codicill aufrecht erhalten werden, wenn der in einem solchen Testamente eingesetzte Erbe sich für die Geltung der Codicillar-Clausel entschieden, und dadurch das Testament in ein Intestat-Codicill verwandelt hat. Denn die eingesetzten Erben schlagen auf diese Weise die testamentarische Erbschaft aus, und das auf diese Weise destitut gewordene Testament kann daher auch nicht mehr mit der querela inofficiosi testamenti angefochten werden, weil diese Klage erst durch den Antritt der Erben geboren wird, indem sie nur gegen die wirklich Erben Gewordenen gerichtet werden kann. Die jener Klage zu Grund liegende Fiction des Wahnsinnes des Erblassers kann dann nicht eintreten, und auch nicht vernichtend auf die Codicillar-Clausel wirken, das Testament muß vielmehr wie jedes andere destituirte Testament als Intestat-Codicill behandelt werden.

3) Ist das Testament wegen unförmlicher Uebergehung eines Notherben ungültig geworden — testamentum nullum —, so wird dabei kein Wahnsinn des Erblassers gemeinrechtlich präsumirt, und da derjenige, welcher bei Verstand ist, Codicille ohne Rücksicht auf die Notherben errichten darf, diesen vielmehr bei Verletzung ihres Pflichttheiles nur eine Klage auf Ergänzung zusteht (M. L. R. Tit. IX. § 4 Abs. 2), wenn sie „schlechterdings“, d. h. unförmlich im Testamente ausgelassen oder übergangen wurden, so muß ein solches Testament auch durch die Codicillar-Clausel aufrecht erhalten werden können. (§ 193.) Nur so viel kann nach (l. 13 D. [5. 2] und l. 31 C. [6. 42]) behauptet werden, daß der nach durchgeführter Nullitätsklage obsiegende Präterirte für seinen Theil die Fideicommisse nicht zu zahlen braucht, indem in diesen Gesetzesstellen bestimmt ist, daß der widerrechtlich übergangene Pflichttheilsberechtigte nicht gehalten ist, das ihm auferlegte Fideicommiß zu entrichten. (M. L. R. Tit. IX. § 4.)

4) Wird ein Testament durch ein nachgeborenes Kind vernichtet — testamentum ruptum —, so ist zwar richtig, daß durch Codicille weder Erbeinsetzungen noch Enterbungen verfügt werden können, und daß daher anscheinend die Consequenz erfordert, daß eine Wirkung, welche sich durch Codicille nicht erreichen läßt, auch nicht durch die Codicillar-Clausel möglich wird; allein jene Beschränkung gilt nur dann, wenn überhaupt jemand mit Hinterlassung eines Testamentes verstirbt, während, wenn auf die Codicillar-Clausel recurrirt wird, das Testament schon vom Anfang an nur als Intestat-Codicill gilt, welches einem nachgebornen suus gegenüber ebenso in Kraft bleibt, als einem zur Zeit der Errichtung schon lebenden Pflichttheils-Berechtigten gegenüber, da bei Codicillen

Rücksichten auf Notherben nicht zu nehmen sind, indem ihnen durch Codicille ihre Berechtigung zum Nachlaß resp. Pflichttheile nicht entzogen wird.

5) Wird das Testament wirkungslos, weil entweder der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, oder nicht antreten kann, weil er vor dem Testator, oder zwar nach demselben, aber doch eher gestorben ist, als er die Verlassenschaft auf seine Erben übertragen konnte, oder weil der eingesetzte Erbe nach der Testamentserrichtung unfähig geworden ist, eine Erbschaft zu erhalten, oder weil die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht erfüllt worden ist — testamentum destitutum oder desertum —, so ist es klar, daß die Intestaterben die Stelle der Testamentserben einnehmen, aber die Vermächtnisse erfüllen müssen, welche durch die Codicillar-Clausel aufrecht bleiben. (Vangerow, Lehrbuch II. § 527.)

6) Dem eingesetzten Erben steht zwar anfänglich frei, ob er die Erbschaft aus dem Testament (als direkter Erbe) oder kraft der Codicillar-Clausel (als Fideicommissar) gegen Erstattung der Trebellianischen Quart an die Intestaterben antreten will; unterliegt er aber mit der ersten Klage, so kann er nach erfolgter Streiteinlassung nicht mehr zu dem anderen Klaggrund zurückgreifen. Ausgenommen sind hievon nur die Eltern und Kinder, und die übrigen Verwandten, Agnaten bis zum 4. und Cognaten bis zum 3. Grade. (l. 8. pr. § 2 C. [6. 36].) Es ist daher rathsam, die Klage alternativ zu stellen.

§ 202.

D. **Gemeinschaftliche Testamente** (testamenta simultanea).

In Testamenten kann entweder eine Person allein über ihren Nachlaß verfügen, oder es können in einem und demselben Testamente mehrere Personen gemeinschaftlich über ihr Vermögen disponiren. Diese letztere Art von Testamenten unterliegt nach der allgemeinen Uebung, obgleich sie im römischen Rechte nur ausnahmsweise den Soldaten gestattet war (l. 19 C. [2. 3]), keinem Bedenken, und sie sind solange als wahre Testamente mit dem Charakter der Widerruflichkeit zu betrachten, bis die Absicht, damit einen Vertrag errichten zu wollen, was auch in Testamenten geschehen kann (M. L. R. Tit. XIII. § 11), deutlich erhellt [1]. Selbst dadurch, daß in gemeinschaftlichen Testamenten von einer Verabredung gesprochen wird, ist an der Natur des Testamentes nichts geändert, weil zu solchen Testamenten allerdings die wechselseitige Besprechung, ein gemeinschaftliches Testament errichten zu

---

[1]) Diese gemeinschaftlichen Testamente sind nichts weiter, als die äußerliche Verbindung zweier oder mehrerer Testamente in einer Form unter Benutzung derselben Urkunde und derselben Zeugen (testamenta simultanea); es ist gleichgültig für das eine, ob das andere widerrufen wird, es kann sogar das eine wegen eines Formfehlers ungültig sein, das andere nicht. Die Erbittung der Zeugen muß jedoch von jedem der Testatoren besonders geschehen, und die Zeugen müssen auch am Schlusse bemerken, daß sie im Namen beider Testatoren als von ihnen besonders erbetene Zeugen unterschreiben. (Glück, Comm. Bd. XXXV. S. 60.)

Solche Testamente sind häufig ein Kunstgriff der Erbschleicherei, und es entstehen daraus mancherlei Schwierigkeiten, wenn der eine von beiden Testatoren seinen Willen einseitig ändert, Codicille macht, Legate erläßt 2c.

wollen, gehört, oder in der Natur der Sache liegt. Jedes von mehreren Personen in derselben Urkunde errichtete Testament enthält ebensoviele Testamente, als Personen dabei aktiv betheiligt sind; sie sind von einander unabhängig, und es kann daher auch jedes von dem betreffenden Testator einseitig widerrufen, oder geändert werden. Es spricht folglich keine Vermuthung für ein Testament mit Vertragsnatur, letztere muß vielmehr deutlich erkennbar sein, oder bewiesen werden, z. B. indem das Versprechen der Erbeinsetzung von jedem Theile förmlich acceptirt ist.

Daher verordnet auch das M. L. R. Tit. XIII. § 2, daß zwei Eheleute, wenn sie mit einander, d. h. in einer Urkunde, ein Testament gemacht haben, wovon der eine Gatte seine Verfügung bei Lebzeiten nicht zurücknimmt, demungeachtet der andere Gatte nach des ersteren Tod sein eigenes Testament widerrufen, aufheben und nach Belieben ändern kann.

Es ist nach dieser Gesetzesstelle also nicht blos erlaubt, bei Lebzeiten des andern Testators ein gemeinsames Testament einseitig und beliebig zu ändern oder zu vernichten, sondern auch dann, wenn durch den Tod des betreffenden Testators dessen letztwillige Verfügung unwiderruflich geworden ist. Auch selbst daraus, daß jedem der Testirenden bei gemeinschaftlichen Testamenten die Meinung vorschwebte, der andere Testator wolle ihn unwiderruflich zum Erben einsetzen, folgt noch nichts gegen die einseitige Widerruflichkeit, weil die Beweggründe eines Testators einen rechtlichen Einfluß auf den Bestand seiner Verordnung nicht haben können. Dadurch, daß der eine der Testatoren widerrufen hat, fällt also das Testament des andern noch nicht von selbst zusammen, weil zwei verschiedene und unabhängige Testamente vorhanden sind. Es ist dieses im M. L. R. Tit. XIII. § 2 ausgeprägt, weil es nicht nöthig gewesen wäre, dem überlebenden Gatten die Erlaubniß, sein Testament zu widerrufen, ausdrücklich zu ertheilen, wenn dieses Testament durch die Abänderung des Testamentes des anderen Gatten an und für sich ungültig würde.

Anders verhält es sich aber, wo entweder die vertragsmäßige Natur der gemeinschaftlichen Testamente sicher ist, oder wo die Abhängigkeit der Verfügung eines Testators von der des anderen bestimmt erklärt wurde — wechselseitige Testamente.

Nach diesen Rücksichten unterscheiden sich die gemeinschaftlichen Testamente:

A. In vertragsartige Testamente, eine Vermischung des römischen Grundgedankens der Testamente mit den Erbverträgen. Sie sind entweder Testamente (nach Form einseitiger Willensakt, nach Inhalt Vertrag) oder Erbverträge (nach Form Vertrag, nach Inhalt letztwillige Verfügung) — testamenta correspectiva.

B. In eigentlich gegenseitige Testamente (testamenta reciproca), in welchen jeder der Testatoren den anderen auf den Fall seines eigenen früheren Absterbens zum Erben seines Nachlasses einsetzt [1]).

---

[1]) Nachdem das M. L. R. in Tit. VIII. § 8 und Tit. XIII. § 2 nur die gemeinschaftlichen Testamente der Ehegatten erwähnt, und das gemeine Recht als Grundlage des M. L. R. solche gemeinschaftliche Testamente überhaupt gar nicht kennt (vergl. den Eingang dieses §), so könnte es zweifelhaft werden, ob im Allgemeinen außer den Ehegatten auch anderen Personen die Errichtung gemeinsamer letztwilliger Verfügungen gestattet sei, oder Falls dieses zugegeben wird, ob

§ 203.

1) Testamenta correspectiva.

Bei dem testamentum correspectivum erfolgt die Verordnung des einen Testators als Erwiderung auf die Disposition des anderen Testators, m. a. W. die Disposition des einen Testators ist so von der des anderen abhängig gedacht, daß sie mit jener stehen oder fallen soll. Aus dem wesentlichen Inhalt, und aus den im Testamente gebrauchten Ausdrücken muß dabei hervorgehen, daß jede der von den beiden Testatoren geschehenen Erbeinsetzungen blos wegen der von dem anderen gemachten Erbseinsetzung und unter der Voraussetzung angeordnet wurde, daß der andere Testator sein Testament nicht mehr ändern werde. Die Feststellung dieser Intention der Testatoren ist daher mehr eine That- als eine Rechtsfrage, sie muß entweder ausdrücklich erklärt sein, oder aus den Umständen mit voller Zuverlässigkeit hervorgehen; denn wenn zwei Personen gemeinschaftlich über ihr Vermögen letztwillig verfügen, diese Verfügung als ein Testament bezeichnen, und auch die Formen eines gültigen Testamentes beobachten, so kann nicht vermuthet werden, sie hätten einen Erbvertrag schließen wollen.

Als ausdrückliche Erklärung ist es aufzufassen, wenn der Testator in seinem Testamente anführt, daß sein eigener letzter Wille als aufgehoben betrachtet werden solle, sobald der andere Testator seine Verfügung ändert, oder wenn jeder der beiden Testatoren seiner Willensmeinung die Bestimmung beifügt, daß sein Testament nur dann gelten solle, wenn der andere Testator sein Testament unverändert läßt.

Sind in einem gemeinschaftlichen Testamente solche Anordnungen getroffen worden, daß sie sich nur und allein mit dem unveränderten

---

hieraus folge, daß neben den gemeinsamen Testamenten von Ehegatten oder anderen Personen auch gegenseitige Testamente errichtet werden können.

In einzelnen Gesetzgebungen, z. B. im franz. Civil-Recht art. 968, im Lüb'schen Recht II. Bch. Tit. 1 art. 10, sind solche gegenseitige Testamente im Allgemeinen oder doch den Ehegatten untersagt, allein aus den in Tit. VIII. § 8 des M. L. R. gebrauchten Worten geht hervor, daß die Eheleute in ihren gemeinsamen letztwilligen Verfügungen nur durch den, den Eltern oder Kindern gebührenden Pflichttheil beschränkt sind, sonst aber „nach ihrem Gefallen disponiren können und mögen", wozu der Natur der Sache nach auch gewiß zu rechnen ist, daß sie ihre Verfügungen an gegenseitige Bedingungen knüpfen, oder ihnen die Natur und Wirkungen eines Vertrages beilegen dürfen, um so mehr, als eine vertragsmäßige Disposition über ihren Nachlaß den Gatten schon in Tit. I. § 2, und die gegenseitige testamentarische Verfügung über den Nießbrauch des Längstlebenden in Tit. VII. § 4 gestattet ist.

Wenn es nun ferner in Tit. VIII. § 8 heißt „den Eheleuten ist gleichfalls allen beiden in einem Testament zugleich ihre letzte Willensverordnung zu verfassen, zugelassen", so kann es um so weniger einem Bedenken unterliegen, gegenseitige Testamente unter allen Formen im Allgemeinen für statthaft zu erklären, als zur Zeit der Erlassung des M. L. R. testamenta reciproca und testam. correspectiva längst eingebürgert und bekannt waren, und das M. L. R. solche Testamente hätte verbieten müssen, wenn es dieselben nicht genehmigen wollte.

Die Praxis des M. L. R. hat solche Testamente auch nie beanstandet. (Erk. des Rev.-G. vom 24. April 1774, J. S. Lehne gegen Huberti. — Erk. des Hof.-G. vom 24. Juni 1784, J. S. Volz gegen Schlender. — Erk. des Rev.-G. vom 13. Dezember 1775, J. S. Pahlen gegen Erbacher. — Erk. des Hofg. vom 1. August 1795, J. S. Schäfer gegen Schäfer. — Erk. des A. G. vom 27. Juli 1861 Nr. 4202.

Fortbestehen der beiderseitigen Verfügungen denken lassen, so ist anzunehmen, ein solches Testament sei stillschweigend als ein correspectives errichtet.

Hierher gehören folgende am häufigsten vorkommende Fälle:

a) Wenn bei wechselseitigen Erbeinsetzungen die beiderseitigen Verwandten oder Drittere in der Weise substituirt sind, daß nach dem Tode des letztlebenden Testators das Vermögen an jene fallen soll. Es läßt sich nämlich nur annehmen, daß der eine Testator in eine solche Substituirung ihm weniger als dem andern Testator am Herzen liegender Dritterer nur unter der Bedingung eingeht, daß die für ihn selbst in dem gemeinschaftlichen Testamente enthaltenen günstigen Anordnungen in Kraft bleiben.

b) Auch ohne eine solche Substitution kann ein gegenseitiges Testament ein correspectives sein, wenn (was wohl meistens bei gemeinsamen Testamenten der Ehegatten der Fall ist) aus den Verhältnissen mit Sicherheit hervorgeht, daß jeder der Testatoren darauf gerechnet hat, daß der andere die zu seinen Gunsten gemachte letztwillige Verfügung nicht mehr aufheben werde.

Hieraus ergeben sich nun nachstehende rechtliche Folgen:

1) Ist ein correspectives Testament resp. die darin enthaltene Verfügung des einen Testators vom anderen Testator förmlich acceptirt, so entsteht daraus ein unwiderruflicher Erbvertrag, oder ebenso wie durch die spätere Antretung der in einem solchen Testamente bestimmten Erbschaft Seitens des überlebenden Testators, ein obligatio quasi ex contractu. (O. A. G. E. vom 18. November 1844 Nr. 321. 18 43/44.)

Ist eine solche Acceptation nur von dem einen Testator erfolgt, so nimmt die betreffende acceptirte Verfügung die Natur eines Erb-Vertrages an.

Ist keine Acceptation erfolgt, so verändert auch das correspective Testament seine testamentarische Natur der Widerruflichkeit nicht, es folgt daraus nur, daß, im Falle der eine Testator seine eigene Verfügung zurücknimmt, auch die Verfügung des anderen Testators für widerrufen gilt, es sei denn, daß der letztere jene Zurücknahme kannte, sein Testament aber ungeändert läßt. Selbst die einem solchen Testamente beigefügte Clausel, daß es auf keine Weise solle widerrufen werden können, ändert seine Widerruflichkeit nicht, denn niemand kann sich nach l. 22 D. de legat. III. „das Gesetz auflegen, daß es ihm nicht freistehen solle, von seinem früheren Willen abzuweichen". (M. L. R. XIII. § 1.)

Wem es überhaupt freisteht, das ganze Testament zurückzunehmen, dem muß auch der Widerruf eines Theiles desselben, nämlich jener Clausel, gestattet sein. (Frankf. Reform. IV. 1 § 9.)

2) Durch den Tod eines Testators wird das correspective Testament unwiderruflich, der Ueberlebende hat jedoch die Wahl, ob er die Erbschaft antreten, oder ausschlagen will, außer wenn das Testament in einen Erbvertrag in der angegebenen Weise übergegangen war. Tritt der überlebende Testator die Erbschaft an, so erhält er Alles, was ihm im Testament zugesichert ist, er muß aber die darin enthaltenen Vermächtnisse erfüllen, sie mögen das Vermögen des Verstorbenen oder des

Ueberlebenden betreffen und daraus zu berichtigen sein [1]). War der Verstorbene allein in dem Testament des Ueberlebenden eingesetzt, so fällt natürlich diese Bestimmung zusammen, die Erben des Verstorbenen erlangen daraus keine Rechte, weil dieser den Anfall der Erbschaft nicht erlebt hat. War dagegen die Bestimmung getroffen, daß nach dem Tode beider Testatoren deren gesammter Nachlaß an die beiderseitigen Verwandten [2]) oder an Drittere fallen soll, so muß diese Bestimmung erfüllt werden [3]), weil der Ueberlebende durch Antritt der Erbschaft sich allen damit verbundenen Verfügungen unterworfen hat. Der Ueberlebende kann dann in keiner Weise mehr das Testament abändern, oder weiter verfügen [4]). Es ist ein Universal-Fideicommiß entstanden, welches das Vermögen beider Testatoren umfaßt.

Diese Sätze ergeben sich aus der Anwendung des römischen Rechtes, welches in l. 25 C. (6. 42) bestimmt, daß auch die eigenen Sachen des (hier durch das correspective Testament) zum Erben Eingesetzten durch ein Fideicommiß Dritteren hinterlassen werden können, und in l. 4 C. (6. 31) verordnet, daß die Entsagung auf eine bereits erworbene Erbschaft wirkungslos ist, der Erbe also die angetretene Erbschaft behalten, und die damit verbundenen Auflagen erfüllen muß [5]).

---

[1]) Ist in einem correspectiven Testamente einer bestimmten Person ein Legat auf den Todesfall des letztlebenden Testators vermacht, und dieser Legatar stirbt vor dem überlebenden Testator, so muß dieses Legat dennoch berichtiget werden. Die Erben des überlebenden Testators können diese Pflicht nicht damit abwenden, daß das Legat erst mit dem Tode des letzteren angefallen sei, und der Legatar habe diesen Anfall nicht erlebt, denn falls der überlebende Testator die Erbschaft des vorverstorbenen unbedingt angetreten hat, ist ihm die Verbindlichkeit zur Erfüllung aller Anordnungen des fraglichen Testamentes schon damals erwachsen. (O. A. G. E. vom 18. März 1846 Nr. 141 42/43. — O. A. G. E. vom 18. November 1844 Nr. 321.)

[2]) Ist in einem correspectiven Testamente der Ausdruck gebraucht, daß das Gesammtvermögen nach dem Tode des letztlebenden Testators den beiderseitigen nächsten Verwandten zufallen solle, so ist anzunehmen, daß mit den Geschwistern der Erblasser auch die Kinder der verstorbenen Geschwister jure repraesentationis concurriren. Die Wahl des unbestimmten Ausdrucks „nächste Verwandte" geschah deßwegen, weil in den Personen der bei der Testamentserrichtung vorhandenen Verwandten Veränderungen vorgehen konnten, denen die Erblasser einen Einfluß auf ihre Beerbung nicht gestatten wollten. (O. A. G. E. vom 8. April 1856 Nr. 943 54/55.)

[3]) In einem O. A. G. E. vom 31. Juni 1861 Nr. 795 60/61 ist bezüglich dieser Frage ausgeführt, daß, wenn auch das Testament der Eheleute sich als ein correspectives darstelle, sich doch die Verpflichtung der Ehefrau zum unverbrüchlichen Festhalten der in diesem Testament auch über ihren Nachlaß getroffenen Verfügungen wegen mangelnden Interesses ihres vorverstorbenen Gatten nicht auf jene Anordnungen erstrecke, welche lediglich zu Gunsten ihrer (der Frau) Verwandten getroffen wurden. Allein der erstverstorbene Gatte ist immerhin als Testator in Rücksicht auf die beiderseitigen Verwandten anzusehen.

[4]) (Seufferts Archiv Bd. XVI. nr. 123.) Wurden indeß solche Verfügungen dennoch getroffen, und von den Betheiligten anerkannt, so kann ihnen die Gültigkeit nicht mehr bestritten werden. (O. A. G. E. vom 22. März 1862 Nr. 149.)

[5]) Nachdem es sich gemäß der Ausführung in Glücks Com. Bd. XXXVIII. S. 226 f. und 244. — O. A. G. E. vom 18. November 1844 Nr. 321 43/44 bei Beurtheilung gemeinschaftlich errichteter Testamente hauptsächlich um die Auslegung der Absicht und Willensmeinung beider Testatoren handelt, so daß man es hauptsächlich mit einer quaestio facti zu thun hat, folgt auch aus einer Acceptation und Anerkennung des Testamentes oder aus dem Antritt der Erbschaft nicht geradezu, daß alle in einem solchen Testamente enthaltenen Verfügungen für den

Hat der überlebende Testator die Erbschaft aus einem correspectiven Testamente ausgeschlagen, so gilt dieses Testament als von seiner Seite widerrufen. Es muß diese Ausschlagung zulässig sein, solange das Testament nicht die Vertragsnatur angenommen hat, und dadurch erst, oder durch Antretung der Erbschaft unwiderruflich geworden ist. Im Falle einer solchen Ausschlagung tritt für den Verstorbenen die gesetzliche Erbfolge ein, und der Ueberlebende wird wieder freier Herr seines eigenen Vermögens.

3) Ist über den Umfang des durch das correspective Testament verbundenen beiderseitigen Vermögens nichts Besonderes bestimmt, so ist darunter das ganze Vermögen zu verstehen, welches der letztlebende Testator hinterläßt, ohne daß er dadurch in seinen Verfügungen unter Lebenden beschränkt werden kann, denn Erbschaft ist der Name für ein Recht, welches sowohl eine Vermehrung als Verminderung zuläßt. (l. 178 § 1 D. [50. 16].)

4) Ist dem Testamente die Bestimmung beigefügt, daß das Vermögen dereinst an die nächsten Verwandten fallen soll, so sind darunter jene Verwandten zu verstehen, welche zur Zeit des Todes des letztlebenden Testators die nächsten Verwandten sein werden, eben weil das ihnen bestimmte Fideicommiß auf den Todesfall des Letztlebenden angeordnet ist, und früher weder der Anfall noch eine Uebertragung der Erbschaft stattfindet [1]). Werden dem Letztlebenden später noch Kinder geboren, so sind diese dann selbstverständlich dessen nächste Verwandte, und es ist kein Grund gegeben, das früher errichtete correspective Testament

---

Ueberlebenden unwiderruflich seien. Es kann namentlich das Gegentheil der Fall sein bei solchen in einem gemeinschaftlichen Testamente einseitig getroffenen Anordnungen, welchen nicht die Rücksicht auf den Verstorbenen und dessen Willensmeinung zu Grunde liegt, und welche keine vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Testirenden, oder keine dem Vorverstorbenen von dem Ueberlebenden ertheilte Zusage, sondern eben nur den Ausdruck der einseitigen Willensmeinung des Ueberlebenden enthalten.

Solche Anordnungen werden als widerruflich trotz der Anerkennung des Testamentes von der Praxis erachtet. (Seufferts Archiv, Bd. IX. nr. 180 IV. 64.)

[1]) Nach l. 1 D. (35. 5), l. 79 § 1 eod., l. 4 pr. D. (36. 2), l. 13 in f. eod., l. 12 D. de legat. II. (31) ist jeder Anspruch des Fideicommissar-Erben auf das Fideicommiß von der Bedingung abhängig, daß der Fideicommissar-Erbe den Fiduciar-Erben überlebe; in dem gegebenen Falle bringen es aber auch schon die Verhältnisse mit sich, daß ein Anspruch auf das Fideicommiß erst nach dem Tode des Ueberlebenden möglich ist, da erst nach dessen Tod Fideicommiß-Erben und eine Fideicommiß-Erbschaft existiren; ersteres, weil zur Zeit des Ablebens des Vorverstorbenen — der als Testator in Hinsicht auf die beiderseitigen Verwandten anzusehen ist — nur Fideicommiß-Erben von der Linie des Verstorbenen, keineswegs aber solche Erben von der Linie des noch lebenden anderen Gatten überhaupt denkbar sind, und die Erbschafts-Eröffnung erst dann eintreten kann, wenn sie für alle gleichzeitig berufenen Erben möglich ist; — letzteres, weil nicht das Vermögen, welches der Vorverstorbene bei seinem Absterben hinterläßt, sondern das Universal-Vermögen des Vorverstorbenen und des Ueberlebenden, wie dieser letztere es dereinst hinterlassen wird, die Fideicommiß-Erbschaft bildet, auf deren Hälfte die Verwandten des Vorverstorbenen daher auch nicht eher irgendwie Rechte erwerben, als die Erbschaft sich eröffnen kann. Diese Eröffnungsperiode tritt um so augenfälliger erst mit dem Tode des überlebenden Gatten ein, als das ganze Fideicommiß erst damit in's Leben tritt, daß der überlebende Gatte Erbe des verstorbenen, und dadurch verpflichtet wird, nach seinem Tode sowohl das ererbte Vermögen als sein eigenes den beiderseitigen Verwandten zu hinterlassen. (O. A. G. E. vom 10. Februar 1849 Nr. 784 1846/47.)

durch ein in einer später vom Ueberlebenden eingegangenen Ehe erzeugtes Kind für ungültig geworden (als testamentum ruptum) zu erklären.

5) Ist in einem correspectiven Testamente zweier Ehegatten die Bestimmung getroffen, daß das gesammte Vermögen dem Ueberlebenden gehöre, nach dessen Tod aber den im Testamente *benannten beiderseitigen Verwandten* (§ 222) zufallen solle, so entsteht die Frage, ob diese Verwandten auch dann ein Recht auf diese Erbschaft haben, wenn sich der überlebende Gatte wieder verehlicht, und in dieser weiteren Ehe Kinder erzeugt.

Bei der Errichtung eines solchen Testamentes liegt es offenbar in der Absicht der beiden Testatoren, daß ihr beiderseitiges Vermögen gleichsam als *eine* Masse angesehen, und nach dem Tode des Ueberlebenden unter die beiderseitigen Verwandten, als ob es nur *eine* Erbschaft wäre, vertheilt werden soll. Jeder der beiden Gatten hat über sein eigenes, sowie über das Vermögen des Andern verfügt, und dieses in die wechselseitige Erbeinsetzung soweit hineingezogen, daß das ganze Vermögen, im Hinblick auf die Belastung, zu Gunsten der Nacherben, als *ein* Universal-Fideicommiß erscheint. Wenn nun auch solche Testamente von jedem der beiden Testatoren bei Lebzeiten einfach oder durch ein anderes Testament widerrufen werden können (Erk. des Rev.-G. vom 9. Juli 1781, J. S. Lehni gegen Huberti), weil sie Testamente sind, und von dem Principe der Veränderlichkeit des menschlichen Willens bis zum letzten Lebenshauche beherrscht werden (l. 4 D. [34. 4]), so hört diese Befugniß doch dann auf, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten der andere die Erbschaft *angetreten* hat. Durch diesen Antritt wird der überlebende Gatte gebunden, das Testament seinem ganzen Inhalte nach zu erfüllen, von nun an können die Dispositionen der beiden Eheleute nur mit und nebeneinander bestehen, und umfassen das ganze Vermögen, sie beruhen dann nicht mehr auf dem Testament, sondern auf der durch den Erbschaftsantritt entstandenen vertragsartigen Verbindlichkeit (obligatio quasi ex contractu). (Glück, Com. Bd. XXXVIII. S. 238.)

Wenn nun jene Nacherben ausdrücklich bestimmt sind, so können darunter auch nicht wie unter dem Begriffe „nächste Verwandte" die etwa nachgeborenen Kinder des überlebenden Testators verstanden werden, und auf diese wirkt dann nicht mehr die testamentarische Bestimmung als Testament ihres Vaters oder ihrer Mutter, so daß sie durch die Geburt der Kinder an und für sich (ipso jure) rumpirt, d. h. ungültig würde, sondern die Kinder müssen sich die durch die Antretung der Erbschaft, Seitens ihres Parens entstandene Verpflichtung zur Aushändigung der Erbschaft an die nunmehr durch Vertrag eingesetzten Nacherben gefallen lassen.

Sobald daher in einem solchen Falle der überlebende Gatte zur weiteren Ehe schreiten, und sein Vermögen in diese weitere Ehe einbringen will, sind die eingesetzten Nacherben allerdings berechtigt, Sicherheit zu verlangen, daß ihnen die durch fideicommissarische Substitution zugedachten Rechte erhalten werden [1]). Diese Rechte afficiren aber nicht

[1]) Nach dem Tode eines der Testatoren sind daher die muthmaßlich an einem solchen Testamente Betheiligten berechtigt, die Edition und Eröffnung des letzten Willens zu verlangen, um zu erfahren, was ihnen hinterlassen wurde, und die gehörigen Maßregeln zur Wahrung ihrer Interessen treffen zu können. (O. A. G. E. vom 3. Dezember 1842, Nr. 904, 1839/40. — Verfügung des kurfürstl. Mainzischen Regierungs-Justiz-Senates vom 1. Juli 1780, J. S. Lehne gegen Huberti.)

das ganze Vermögen, wie es zur Zeit der Testamentserrichtung (resp. bei dem Tode des Erstverstorbenen) vorhanden war, sondern sind nur auf dasjenige beschränkt, was nach dem Tode der beiden Eheleute davon vorhanden sein wird; denn es liegt in dem Begriffe eines solchen Testamentes, daß dadurch kein Gatte den andern in der Dispositionsbefugniß unter Lebenden beschränken wollte, es wurde nur ein Fideicommissum ejus quod superfuturum est (Nov. 108 cap. 1. 2), angeordnet. Unter dieser Voraussetzung muß der mit dem Fideicommiß belastete Erbe blos einen Viertheil seines Erbtheils aufbewahren, um es dem Fideicommissar auszuantworten, so daß er hieran nichts mindern kann, und die Cautionspflicht sich auch nicht weiter erstreckt. In einzelnen Fällen, nämlich zur Bestellung des Heirathsgutes oder eines Geschenkes um der Ehe willen, oder zur eigenen unbedingt nothwendigen Lebsucht, ist dem mit dem Fideicommiß Belasteten selbst die Verfügung über jenen Viertheil der Erbschaft gestattet, weil nach dem Gesetze angenommen wird, der Testator habe dieses erlaubt, indem er gewollt habe, daß nur das übriggebliebene Vermögen ganz zur Ausantwortung komme, und, so zu sagen, von dem Ueberflüssigen die Ausantwortung des Fideicommisses geschehen solle.

Der Erblasser kann jedoch diese Cautionspflicht auch erlassen. (O. A. G. E. vom 18. November 1844, Nr. 321⁴³/₄₄.)

Alles dieses gilt natürlich nur von Veräußerungen unter Lebenden; auf den Todesfall bleibt die ganze fideicommissarische Bestimmung aufrecht, und kann auch, selbst nicht zum Besten eigener Kinder des Ueberlebenden, von diesem abgeändert werden; der Ueberlebende hat die zu Gunsten Dritterer gereichenden Bestimmungen des einmal anerkannten correspectiven Testamentes nicht nur für den Umfang des vom Verstorbenen ererbten Vermögens, sondern auch in Ansehung seines eigenen noch übrigen Vermögens zu erfüllen. (Glück, P. Com. Bd. XXXVIII. S. 233 ff.)

Der Rechtsgrundsatz „Kinder-Zeugen bricht Ehestiftung" (§ 22 nr. 5, § 164 a) kann hierher keine Anwendung finden, denn wenn man auch ein correspectives Testament einem Ehe- oder Erb-Vertrag gleichsetzen kann, so wird doch auch dieser nur durch die aus der Ehe der beiden paciscirenden oder testirenden Gatten nachgeborenen Kinder aufgelöst oder modificirt, während es sich im gegebenen Falle um nachgeborne Kinder des einen Gatten aus einer anderen Ehe handelt, welchen dieser Gatte in die neue Ehe nicht mehr Rechte resp. Vermögen zubringen konnte, als er bei Eingehung der Ehe gemäß des anerkannten correspectiven Testamentes noch hatte.

6) Haben sich die Ehegatten gegenseitig durch Testament auf Lebensdauer den Nutzgenuß verschafft (vergl. § 164 b), und dabei verordnet, daß ihr beiderseitiges Vermögen nach ihrem Tode an ihre Verwandte oder Drittere fallen soll, so ist in dieser Verfügung ein testamentum reciprocum nicht zu erkennen. Es ergibt sich dieses aus der Erwägung, daß der verschaffte Nutzgenuß (§ 164 B) nicht die Eigenschafft eines Erben verleiht, sondern nur die Rechte einer fideicommissarischen Nutznießung, welche keine Eigenthumsrechte an der Substanz gewährt; es hat also durch die Verschaffung des Nutzgenusses kein Gatte dem andern Eigenthumsrechte eingeräumt, sich also auch selbst in dem gemeinschaftlichen Testamente keiner Eigenthumsrechte an seinem Vermögen begeben, er bleibt mithin auch nach wie vor zu einer weiteren Disposition über sein eigenes Vermögen, resp. zum Widerruf seiner,

wenn auch gemeinschaftlich zu Gunsten Dritterer getroffenen testamentarischen Verfügung bis an sein Lebensende berechtigt. Die Annahme der testamentarischen Verfügung nach dem Tode des einen Gatten bewirkt hierin keine Veränderung, weil sie nur die Annahme des Nutzgenusses umfaßt.

Diese dem überlebenden Gatten gebliebene freie Verfügung kann sich jedoch nur innerhalb der Gränzen seines eigenen Vermögens oder innerhalb der Gränzen seiner Nutznießungsrechte auf Lebensdauer an dem Vermögen des vorverstorbenen Gatten bewegen (oben § 165. 167—173).

7) In wechselseitigen (correspectiven) Testamenten müssen die Vorschriften des M. L. R. über den Pflichttheil Tit. VIII. § 15. IX. § 1. 4. beobachtet werden. Es ist eine bekannte Erfahrung, daß in dem Bezirke des M. L. R. auch von solchen Ehegatten, deren Ehe mit Kindern gesegnet ist, entweder Verträge, oder gemeinschaftliche Testamente errichtet werden, in welchen sich dieselben auf den Todesfall wechselseitig das Eigenthum (vergl. § 203 nr. 6) des beiderseitigen Vermögens, und zwar nur in der Absicht zuwenden, damit der überlebende Ehetheil gegen die für ihn aus dem getrennten Gütersysteme, besonders bei Veräußerungen und Verpfändungen von Immobilien 2c., entstehenden Belästigungen oder Nachtheile möglichst geschützt und gesichert werde, ohne daß bei der Errichtung solcher Verträge oder Testamente von den Gatten im Geringsten daran gedacht wird, in Bezug auf die natürliche Gleichberechtigung der Kinder in Ansehung ihrer eventuellen Erbansprüche an dem Vermögen ihrer Eltern irgend eine Aenderung eintreten zu lassen. Damit aber eine solche Verfügung, sie mag in einem Vertrage oder in einem Testamente getroffen sein, überhaupt gültig sei, ist es nothwendig, daß der Pflichttheil der Kinder besonders erwähnt, d. h. davon ausgenommen werde, weil eben das M. L. R. Tit. IX. § 1. 4 andernfalls solche Dispositionen auf Anfechtung für nichtig erklärt. Die in einem solchen Testament oder Vertrag geschehene Erwähnung des Pflichttheiles ist indeß nichts Anderes, als die zur Aufrechthaltung der Disposition im Ganzen nöthige Cautel; es liegt darin nicht die Absicht, die Kinder überhaupt auf den Pflichttheil zu beschränken (§ 235), sondern vielmehr die Intention, daß das Vermögen nach dem Tode der beiden Eltern so auf die Kinder übergehe, als wenn eine solche Disposition gar nicht vorhanden gewesen wäre, obgleich in der Disposition selbst über die Art der Vertheilung nichts enthalten ist. (A. G. E. vom 26. Juli 1861 Nr. 4202.) Ist in einer solchen Verfügung, in welcher die Kinder zum Schutze des überlebenden Elterntheiles gegen Belästigungen auf den Pflichttheil gesetzt wurden, noch die weitere Bestimmung getroffen, daß das übrige Vermögen dem überlebenden Gatten zufallen, und erst nach dessen Tod an die Kinder vertheilt werden soll, so kann sich der überlebende Gatte, wenn er die Erbschaft angetreten hat, nicht mehr der Verbindlichkeit entschlagen, seinen Nachlaß ohne weitere Verfügung den Kindern zu hinterlassen, und er ist dann zwar noch zu Verfügungen unter Lebenden, nicht aber zu Anordnungen auf den Todesfall berechtiget.

Nach M. L. R. steht dem überlebenden Gatten, wenn Kinder vorhanden sind, kein Erbrecht an der Vermögens-Substanz des verstorbenen Gatten zu, sondern nur ein Nutzgenuß auf die Dauer des unverrückten Wittwenstandes. Der hier fraglichen testamentarischen Bestimmung liegt daher nur die Absicht zu Grund, statt des blosen

Nutzgenusses einen Vortheil in anderer Weise zuzuwenden, wenn bestimmt wurde, dem überlebenden Gatten solle das Vermögen zufallen. Durch den weiteren Beisatz, daß nach dem Tode des Letztlebenden das übrige Vermögen unter die Kinder vertheilt werde, liegt aber die Beschränkung, daß der letztsterbende Gatte den Kindern das sämmtliche Vermögen, wie es bei seinem Tode vorhanden ist, zur Vertheilung überlassen muß, und daß jedem Kinde ein gleicher Erbanspruch an diesem Vermögen zukommen soll, weil eine entgegenstehende Anordnung nicht gemacht wurde. Von der gesetzlichen Bestimmung des M. L. R. VIII., § 15, daß es den Eltern freistehe, eine Gleichheit unter ihren Kindern zu halten oder nicht, wenn ihnen nur der Pflichttheil zugewendet wird, kann keine Rede mehr sein, wenn sich der letztlebende Gatte durch ein anerkanntes correspectives Testament gebunden hat. Ist in dem correspectiven Testament keine Bestimmung über die dereinstigen Erbtheile der Kinder getroffen, so können sie den letztverstorbenen Elterntheil nur nach gleichen Theilen erben, weil nach § 6 J. (2. 14) eine Vertheilung der Erbschaft im Testamente nur dann nothwendig ist, wenn der Testator nicht will, daß mehrere Erben zu gleichen Theilen erben sollen. (O. A. G. E. vom 22. März 1862, Nr. 149 61/62.)

8) Die Frage, ob correspective Testamente auch in zwei abgesonderten, und nicht durch einen und denselben Solemnitätsakt verbundenen Urkunden errichtet werden können, muß verneint werden; denn es ist unmöglich, mehrere durch ganz verschiedene Handlungen entstandene Testamente, wie auch ihr Inhalt beschaffen sei, mit einander in rechtliche Beziehung und Abhängigkeit zu setzen.

Durch die gemeinschaftliche Errichtungsform wird es allerdings möglich, mehrere Testamente in gewisser Beziehung als ein einziges Rechtsgeschäft zu betrachten und zu behandeln, aber zwei äußerlich von einander getrennte Willensakte wird man ohne völlige Vernichtung aller juristischen Principien nie zu einem Ganzen verbinden können. (Glück, Com. Bd. XXXVIII. S. 217 not. 74.)

Ob auch beide Testatoren gemäß vorausgegangener Verabredung und in dem gegenseitigen Vertrauen, daß keiner die Verfügung ändern werde, einander eingesetzt, und die beiderseitigen Verwandten substituirt haben, immerhin bleiben die nicht in einem Akte verbundenen Testamente zwei verschiedene letzte Willensverordnungen, welche jeder Testator zu jeder Zeit einseitig widerrufen kann.

§ 204.

2) Testamenta reciproca.

Ein gegenseitiges Testament, in welchem zwei Personen zu gleicher Zeit und in demselben Akte testiren und sich gegenseitig zu Erben einsetzen, gilt zwar seiner äußeren Form nach nur als ein einziges Testament, und hiernach sind auch seine Solemnitäten zu beurtheilen, seinem Inhalte nach ist es dagegen ein doppeltes, so daß der eine Testator seine Verfügung willkührlich abändern kann, ohne den Rechtsbestand und die Gültigkeit des damit äußerlich verbundenen Testamentes zu beeinträchtigen. Diese Testamente sind am meisten unter Eheleuten in Gebrauch, und es beziehen sich darauf die Bestimmungen des M. L. R. VIII. § 8 und

XIII. § 2. Mögen diese gegenseitigen Einsetzungen (wie gewöhnlich) aus gegenseitiger Zuneigung und aus dem Glauben entstanden sein, daß jeder bei seinem Willen beharren werde, so entsteht doch kein Recht zu einer Beschwerde, wenn diese Voraussetzung durch Zurücknahme der Seitens des anderen Testators getäuscht wird.

Diese Testamente können ebensogut in zwei verschiedenen Akten wegen ihrer inneren Unabhängigkeit errichtet werden; in einem Akte errichtet, können sie aber auch die Natur correspectiver Testamente annehmen, wenn ausdrücklich oder stillschweigend die Wirksamkeit der einen Verfügung von der des anderen abhängig gemacht, und dadurch das Schicksal des einen Testamentes an das des andern gebunden wird.

Bezüglich der Widerruflichkeit gilt dann selbstverständlich was bereits bei den correspectiven Testamenten erörtert ist.

II. Von den Personen, welche bei einem Testamente vorkommen.

§ 205.

A. Vom Testator.

Wer einen letzten Willen errichten, d. h. über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode verfügen will, muß zunächst ein solches Vermögen [1]) als Eigenthum haben, er muß bürgerlich rechtsfähig und im Stande sein, einen Willen zu haben und zu erklären — testamenti factio activa [2]).

Diese Erfordernisse gelten für alle letztwilligen Verfügungen, also auch für Codicille. (l. 6 § D. [29. 7.] l. 2 D. [30].)

---

[1]) Vermögen ist der Inbegriff aller Rechte und Pflichten. Zur Verlassenschaft wird aber nur jenes Vermögen des Verstorbenen gerechnet, welches nicht an dessen Person gebunden ist, wie z. B. Ehrenrechte. In Beziehung auf denjenigen, welcher dieses Vermögen im Wege der Erbfolge erhält, heißt es Erbschaft.

Fremde Sachen, Lehen und Fideicommisse, welche der Erblasser im Besitz hatte, gehören nicht zu seinem Nachlasse, wohl aber die ihm wegen nützlicher Verwendungen oder aus anderen Gründen in Bezug auf die gedachten Gegenstände zustehenden Forderungen. Ebenso gehören Rechte und Verbindlichkeiten, welche blos an die Person geknüpft sind, nicht zum Nachlaß, wohl aber das aus dergleichen Rechten und Verbindlichkeiten schon bei Lebzeiten des Verstorbenen entstandene, in Geld schätzbare Interesse.

[2]) Der Testator muß also die Fähigkeit haben, zu geben, während der Erbe die Fähigkeit haben muß, zu empfangen. Derjenige, welcher zu empfangen, oder begünstigt zu werden fähig ist, ist nicht immer fähig, zu geben oder zu schenken, wie z. B. ein Kind, ein unter Curatel Gestellter 2c. In Ansehung dieser Fähigkeit müssen die Schenkungen unter Lebenden von den Verfügungen auf den Todesfall unterschieden werden. Soll eine Verfügung auf den Todesfall gültig sein, so muß derjenige, welcher diese Anordnung trifft, sowohl zur Zeit, wo er sie errichtet, als zur Zeit seines Todes dazu fähig sein. (l. 19 D. [28. 1] l. 29 D. [50. 17].) Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn eine nach der Testamentserrichtung hinzugekommene Unfähigkeit von irgend einem natürlichen Gebrechen herrührt, z. B. wenn der Testator wahnsinnig würde, dann bleibt das Testament, welches er bei gesundem Verstande gemacht hat, gültig. Bei Schenkungen unter Lebenden dagegen ist die Fähigkeit zu schenken sowohl, als die zu empfangen nur zu jener Zeit erforderlich, wo die Schenkung geschieht, weil von dieser Zeit an der Akt vollkommen und unwiderruflich ist. Mit einer Schenkung verhält es sich nämlich wie mit jedem anderen Contrakt, wovon durch spätere Ereignisse nichts mehr geändert werden kann.

Zur Fähigkeit, ein Testament zu errichten, wird hiernach erfordert:

I. Mündigkeit.

Nach § 1 J. (2. 12) und l. 19 D. (28. 1) können Unmündige, ebensowenig als Wahnsinnige ein Testament machen, weil die Gesetze annehmen, daß es ihnen noch an Urtheilskraft gebricht. Das Testament wird auch nicht gültig, wenn der Unmündige später als mündig verstirbt.

Die Testaments-Mündigkeit ist durch Tit. VIII. § 1 des M. L. R. für das männliche Geschlecht auf das vollendete 14. und für das weibliche Geschlecht auf das vollendete 12. Lebensjahr gesetzt, und zwar ganz in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte (l. 5 D. [28. 1]), so daß bei Berechnung dieser Zeit auch der gemeinrechtliche, in dieser Gesetzesstelle enthaltene Grundsatz hierher zu beziehen ist, daß der angefangene 14. resp. 12. Geburtstag für vollendet erachtet wird. Vor dieser Zeit kann ein Testament auch nicht durch Zustimmung des Vormundes gültig werden, während der Testamentsmündige der Zustimmung des Vormundes gar nicht bedarf. (Gajus II. § 113, Ulpian. fragm. XX. § 12. 15. — Pauli recept. sent. III. 4 § 1. — § 1 J. [2. 12]. — l. 4 C. [6. 22].) [1])

Kindern unter väterlicher Gewalt war die Errichtung von Testamenten selbst mit Zustimmung des Vaters untersagt (l. 6 D [28. 1]); abweichend hievon gestattet dieses aber das M. L. R. Tit. VIII. § 1, weil es die Einheit der Person zwischen Vater und Haussohn nicht annimmt. (Tit. XXX. § 1.)

Zwischen den Unmündigen und Wahnsinnigen in der Mitte stehen die gerichtlich erklärten und unter Curatel gestellten Verschwender, welchen auf die Dauer ihrer Bevormundung die Testamentsfähigkeit gesetzlich entzogen ist. (l. 18. D. [28. 1] § 2 J. [2. 12].)

II. Verstandes- und Willensfreiheit.

Geisteskranke (Wahnsinnige) [2]) werden, weil sie keinen Verstand haben, also von Natur unfähig sind, den Unmündigen nach § 1 J. (2. 12) l. 40 D. (50. 17) gleich geachtet. Wenn aber Wahnsinnige während der Zeit ein Testament machen, wo ihr Wahnsinn unterbrochen ist, so wird angenommen, daß sie zu Recht beständig testirt haben. Das Testament, welches sie vor ihrem Wahnsinn gemacht haben, gilt ohne Zweifel, denn der nachher ausgebrochene Wahnsinn vernichtet weder ein richtig gemachtes Testament, noch eine sonstige richtig vollzogene Handlung. Ein durch Wahnsinn unterbrochenes Testament ist ungültig, weil es nicht in einer Handlung ununterbrochen zu Stande kam. (l. 9 C. [6. 22].)

---

[1]) Nachdem das M. L. R. seine Bestimmung über die Testamentsmündigkeit — abweichend von dem deutschen Rechte, insbesondere dem Schwabenspiegel, der Grundlage der rheinischen Statute, welche die Testamentsmündigkeit auf das vollendete 18. Lebensjahr gesetzt haben (vergl. Frankf. Reform. IV. 2 § 3) — aus dem gemeinen Rechte herübergenommen hat, und auch sonst über die Zustimmung der Eltern oder Vormünder keine abweichenden Vorschriften gibt, so muß man annehmen, daß dem M. L. R. alle erwähnten Sätze des gemeinen Rechtes über die Testamentsmündigkeit als Grundlage dienen.

[2]) Das römische Recht gebraucht überall die Bezeichnung „furiosus", was eigentlich mit „rasend" zu übersetzen ist, aber immer nur für jenen Geisteszustand gebraucht wird, in welchem das Erkenntniß- und Willens-Vermögen aufgehoben erscheint, ein Zustand, welcher der gänzlichen Verstandeslosigkeit und der gänzlichen Willenslosigkeit in seiner rechtlichen Bedeutung (dem Blödsinne) gleichkommt.

Das Statut setzt den Blödsinn [1]) dem Wahnsinn gleich; eine blose Geistesbeschränktheit macht noch nicht unfähig, ein Testament zu machen, vielmehr sind nur jene unfähig hiezu, welche ihrer Vernunft, und ihres Verstandes gänzlich beraubt sind. (O. A. G. E. vom 25. Februar 1845, J. S. Endrich gegen Endrich. — Erk. des Rev.-G. vom 27. April 1799, J. S. Grimm gegen Schütz.)

Stumpfsinn ist jener Zustand, in welchem jedes Seelenvermögen zu normaler Thätigkeit unnfähig ist. (Henke, gerichtl. Medicin, § 247. — Der Zustand einer geistigen Nullität.)

Dummheit oder Einfalt, d. h. Schwäche des Erkenntniß-vermögens ist damit nicht zu verwechseln.

Was die Willensfreiheit betrifft, so kann sie, abgesehen von ihrer Aufhebung durch Geisteskrankheit, auch durch äußere Einflüsse, hervorgebrachten Irrthum, Betrug, Zwang oder Ueberredung derart unterdrückt sein, daß das in einem solchen Zustande errichtete Testament ungültig ist.

Jede letztwillige Disposition muß in dieser Beziehung folgende Eigenschaften haben:

A. Jedes Testament muß ernstlich gemeint, nicht ein bloser Scherz sein. Das Erstere wird, sobald die gesetzlichen Formalitäten dabei beobachtet sind, bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet. Doch läßt sich auch hier denken, daß der ganze Akt zum Scheine vorgenommen wird, sei es, daß der Testator dieses den Zeugen selbst erklärt, oder auf andere Weise an den Tag legt. (Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1781, J. S. Kopp gegen Damson.)

B. Jedes Testament muß aus freiem Entschlusse hervorgegangen sein.

Ueber die Hindernisse ist zu bemerken:

a) Stattgehabter Zwang vernichtet die Disposition; denn jener Erbe, dessen Einsetzung der Testator nicht gewollt hat, wird nicht für eingesetzt erachtet. (l. 2 § 7 D. [37. 11] l. 1 C. [6. 34].)

Es ist dabei gleichgültig, ob der Testator zu einem Testamente gezwungen, oder ob ihm dessen Abänderung unmöglich gemacht wurde, z. B. durch Verhinderung der Zeugen am Erscheinen. (l. 2 pr. D. [29. 6].)

---

[1]) Wenn auch von dem Beamten, welcher das Testament aufnimmt, oder von den Zeugen, gestützt auf das Urtheil des beigezogenen Gerichtsarztes, oder auf andere Umstände constatirt wird, daß kein Bedenken rücksichtlich der Geistesbeschaffenheit des Testators vorgelegen sei, über den erklärten letzten Willen eine Urkunde zu errichten, so ist doch diese Annahme der Testirfähigkeit blos auf individuelle Ansichten und Urtheile gestützt, und es kann den Interessenten nicht verwehrt sein, die Richtigkeit dieser Urtheile zu bestreiten, und das Gegentheil durch Beweis darzuthun. (O. A. G. E. vom 29. November 1862 Nr. 114 62/63.)

Es kann wohl in der Regel nur ein Arzt beurtheilen, ob und in welchem Grade geistige Krankheit einer Person vorliege, ob nur Dummheit, Einfalt oder völlige Stumpfheit der Sinne und des Verstandes anzunehmen sei, und das Gutachten der Aerzte muß in solchen Fällen das Urtheil des Richters vorzüglich leiten und bestimmen; allein bei verschiedenen Ansichten der Sachverständigen muß der Richter jene zur Richtschnur nehmen, die ihm am meisten begründet scheint. (O.A.G.E. vom 9. Dezember 1865 Nr. 17 65/66.)

Bloße Ueberredungen, z. B. der Ehefrau, und Besänftigungen durch Schmeicheleien sind kein Zwang, und machen auch das Testament nicht ungültig. (l. 3 C. [6. 34].)

Der durch die vernichtende Wirkung des Zwanges Beschädigte hat Anspruch auf Ersatz gegen denjenigen, welcher den Zwang ausgeübt hat. (l. 1. 2 D. [29. 6]. — Nov. 115 cap. 3. § 9.)

Ein Zwang ist jedoch nicht anzunehmen, wenn der Testator sich den ihn zur Testamentserrichtung drängenden Mißhandlungen und Drohungen entziehen konnte, und dieses nicht that, sondern lieber testirte. (Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, Bd. III. § 114.)

Hiezu ist auch zu rechnen, wenn der Testator nachher Gelegenheit hatte, sein Testament wieder zurückzunehmen, aber dieses freiwillig unterläßt. (Erk. des Rev.-G. vom 31. August 1784, J. S. Becker gegen Schwab.)

Heftige und unverschämte Beredungen, und beängstigende Sollicitationen mit harten Worten, sind dann in ihren Wirkungen dem Zwange gleichzuachten, wenn sie ihren Mitteln und Wirkungen nach auf gleicher Linie mit wirklichen Drohungen im psychologischen Sinne stehen. (O. A. G. E. vom 16. Mai 1856 Nr. 663⁵⁵/₅₆.) Dabei müssen natürlich die Umstände erwogen werden, ob z. B. jene Beängstigungen einem Gesunden oder etwa einem Tod-Kranken gegenüber angewendet wurden, und es genügt daher auch nicht eine allgemeine Behauptung, sondern nur die Darlegung specieller Thatsachen. (l. 3 D. [5. 2].)

Beredungen, welche auf arglistigen Verleumdungen solcher Personen beruhen, welchen der Testator Zuwendungen zugedacht hat, und welche geeignet sind, ihn davon abzuhalten, und wirklich abgehalten haben, machen eine zu Gunsten des Verleumders errichtete testamentarische Verfügung ungültig, und gewähren den Benachtheiligten eine Ersatzforderung. Eine auf diese Weise bewirkte Enterbung der Notherben ist ungültig. (l. 4 D. [5. 2].)

b) Ueber den Einfluß des Betruges bestimmt das gemeine Recht, daß eine durch Betrug erwirkte testamentarische Zuwendung ungültig ist, die übrigen Anordnungen des Testators aber gültig bleiben sollen. (l. 1 § 1. 2 l. 2 D. [29. 6].)

Demgemäß muß auch für den Fall, daß der Testator durch Betrug zu einem Testamente verleitet wird, angenommen werden, daß das Testament zwar gültig wird, der Betrüger aber seinen Erbtheil verliert. Nur insoferne der Betrüger einen wesentlichen, auf das ganze Testament sich beziehenden Irrthum des Testators herbeigeführt hätte, wäre die ganze Disposition ungültig. Der unschuldig Beschädigte ist berechtigt, mit der actio doli Ersatz zu fordern.

Mit einer solchen betrügerisch hervorgebrachten Willensbestimmung ist aber nicht der Fall zu verwechseln, wenn eine Disposition in das Testament eingeschwärzt wird, welche der Testator selbst nicht gemacht hat.

c) Der Irrthum vernichtet die Disposition, so oft er den Beweggrund des Testators betrifft; doch muß dabei bewiesen werden, daß der Testator ohne den Irrthum die Disposition nicht getroffen haben würde. (l. 72 § 6 D. [35. 1].) Es wird dieses nur angenommen, 1) wenn jemand vom Testator für einen Verwandten gehalten wurde, der es nicht ist (l. 9 D. [28. 5]) — es gilt dann weder der eingesetzte Erbe, noch

31

jener, welchen der Testator wollte, weil er nicht eingesetzt ist (l. 3 D. [34. 5]) — oder 2) wenn eine Sache vermacht wird, welche der Testator irrthümlich für die seinige hielt. Nur für den nächsten Verwandten gilt ein irriges Legat einer fremden Sache, so daß es dieser erfüllen muß.

III. Die Fähigkeit, den letzten Willen hinlänglich zu erklären, oder an den Tag geben zu können. (Tit. VIII. § 1 a. E. des M. L. R.)

Hierauf lassen sich alle Bestimmungen über Taubstumme zurückführen.

Den taubstumm Gebornen war im römischen Rechte (l. 10 C. [6. 22] l. 6 D. [28. 1]) die Errichtung einer letzten Willensmeinung untersagt, die Praxis gestattet es jedoch solchen Personen, wenn sie des Lesens oder Schreibens erfahren sind, oder sonst nach Tit. VIII. § 17 ihren Willen unzweideutig kundzugeben vermögen. (Erk. des Hof-G. vom 14. Februar 1780. — Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1781, J. S. Kopp gegen Damson.)

IV. Freiheit der Verfügung über das Vermögen, welches den Gegenstand der letztwilligen Verfügung ausmacht.

Unfähig sind daher gerichtlich erklärte Verschwender (§ 2 J. [2. 12], l. 18 pr. D. [28. 1], vergl. § 133.) Diese erlangen die Fähigkeit zu Testiren erst in dem Augenblicke wieder, in welchem die verhängte Curatel vom Richter aufgehoben worden ist. (Seufferts Archiv, II. Bd. nr. 309.)

Die Anwendbarkeit des gemeinen Rechtes bezüglich der Testamentsunfähigkeit der Haussöhne ist nach Tit. VIII. § 1 des M. L. R. ausgeschlossen, da hier den Kindern das Testiren zugestanden wird, wenn sie nur ein eigenthümliches Vermögen besitzen, jedoch unbeschadet des den Eltern nach Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 2—4 daran zustehenden Nutzgenusses. Die Kinder sind indeß auch nach Tit. IX. § 1 verpflichtet, ihren Eltern den Pflichttheil zu hinterlassen. Die gänzliche Uebergehung der Eltern im Testamente der Kinder berechtigt die ersteren, das Testament umzustoßen (Tit. XIII. § 14), und es tritt dann rücksichtlich der Eltern und Geschwister die Intestaterbfolge ein.

§ 206.

Rücksichtlich des Testators bestehen sowohl gemeinrechtlich, als nach M. L. R. besondere Grundsätze: a) über Testamente der Eltern, b) der Eheleute, c) der Einheimischen und Ausländer, d) der Geistlichen, e) eines Blinden, f) sonstige privilegirte Testamente.

§ 207.

a) Testamente der Eltern unter ihren Kindern.

1) Form.

Es soll hier das rechtliche Verhältniß der Eltern in Beziehung auf ihre Kinder, in § 210 das gegenseitige Verhältniß der Eheleute rücksichtlich der Testamentserrichtung dargestellt werden.

Der Form nach geschehen die Verfügungen der Eltern unter ihren Kindern entweder in einem Testament oder durch eine blose Abtheilung.

1) Zur Rechtsbeständigkeit eines Testamentes der Eltern (also auch der Mutter) genügt es nach Tit. VIII. § 14 des M. L. R., soferne sie blos unter ihren Kindern, und ohne Einmischung einer anderen Person letztwillig verfügen, daß sie ihren letzten Willen deutlich zu erkennen geben und vollkommen niederlegen. Die Zuziehung von Zeugen ist durchaus nicht erforderlich, woraus hervorgeht, daß es sich hier ebenso wie gemeinrechtlich um eine eigenhändig geschriebene oder unterschriebene letztwillige Verfügung handelt. Dieses erhellt mit noch größerer Sicherheit durch Vergleichung mit Tit. I. § 8 Abs. 2, indem nach beiden Gesetzesstellen die Privataufzeichnungen des Vaters resp. der Eltern den Kindern gegenüber vollkommenen Beweis machen.

Die Verfügungen des M. L. R. über die Testamente der Eltern unter ihren Kindern sind offenbar dem gemeinen Rechte (Nov. 107 cap. 1) nachgebildet, und daher auch die Lücken in dieser Lehre daraus zu ergänzen. Insbesondere muß daher bezüglich der Form angenommen werden, daß das privilegirte Testament der Eltern nur mit eigenhändiger Schrift oder Unterschrift und unter der Bedingung als gültig zu erachten ist, daß die Namen der Kinder, und die Theile, auf welche sie als Erben eingesetzt werden sollen, oder die einzelnen Bestandtheile ihres Erbes nicht mit Zahlen, sondern mit Worten entweder eigenhändig niedergeschrieben, oder der Aufsatz wenigstens vom Testator unterschrieben werde. (Seufferts P. R. § 531.)

Was von den Eltern gesagt ist, gilt auch von den Großeltern rc. (l. 21 C. [6. 23] Nov. 107 pr. l. 51 D. [50. 16] (§ 209 nr. 9), von Eltern, welche zur weiteren Ehe geschritten sind, und von der Mutter bezüglich ihrer außerehlichen Kinder, nicht aber umgekehrt von Testamenten der Kinder. Wird aber in einem solchen Testamente ein Fremder (wozu hier auch der Ehegatte zu rechnen ist) bedacht, so ist dieses Vermächtniß ungültig, und wächst den Kindern zu. (l. u. C. [3. 36] l. 21 § 1 C. [6. 23].)

Die Lücke bezüglich mündlicher Testamente der Eltern muß gleichfalls aus dem gemeinen Rechte ergänzt werden, um so mehr als das M. L. R. Tit. VIII. § 4 mündliche Testamente namentlich solcher Personen erwähnt, welche des Schreibens unerfahren sind. Zur Form dieser Testamente genügt nach der Notariatsordnung von 1512 (Abschn. von Testamenten § 2) die Zuziehung von zwei Zeugen als Urkundspersonen, damit über die Vollkommenheit des letzten Willens kein Zweifel entstehe. In einem solchen privilegirten Testamente der Eltern können diese in Bezug auf ihre Kinder jede letztwillige Verfügung treffen, also auch eine Enterbung vornehmen. Diese, sowie die Schmälerung des den Kindern gesetzlich zukommenden Pflichttheiles kann aber auch nur in einem Testamente geschehen, in welchem alle Kinder bei Strafe der Nichtigkeit der Verfügung eingesetzt oder enterbt sein müssen. (§ 208.)

2) Außerdem pflegen die Eltern unter ihren Kindern auch durch eine blose Abtheilung zu verfügen. (M. L. R. Tit. VIII. § 15). Enthält eine solche Abtheilung keine Erbeinsetzung, so kann sie auch nicht als ein Testament aufgefaßt werden; sie begründet dann keine Testamentserbfolge, sondern die Kinder erscheinen als Intestaterben, unter welchen

die Eltern, unbeschadet der Rechte der Kinder auf den Pflichttheil, die Theilung vollzogen haben. (l. 26 auth. C. [3. 36].) Ist diese Theilung von den Kindern unterschrieben worden, so erscheint sie als ein wahrer Theilungsvertrag, andernfalls, wenn sie blos von den Eltern unterschrieben, und auf den Todesfall gerichtet ist, als ein Codicill, weil sie, wie bemerkt, ohne Erbeinsetzung geschieht, und daher kein Testament sein kann. (l 26 auth. C. [3. 36].) Die Erbeinsetzung ist sogar mit einer elterlichen Theilung vollkommen unverträglich, weil sie sich eben dadurch von dem elterlichen Testamente unterscheidet.

Diese Abtheilung kann auf zweierlei Weise, als Handlung unter Lebenden, oder als solche von Todeswegen vollzogen werden. Ersteren Falles geschieht sie durch Schenkung, Vergleich, Abtretung ꝛc. und erstreckt sich entweder auf das ganze elterliche Vermögen, oder nur auf einen Theil desselben; sie kann dann mit oder ohne Uebergabe, widerruflich oder unwiderruflich, unter Vorbehalt des Nutzgenusses oder Eigenthumes, und überhaupt unter jeder Bedingung geschehen, welche bei einem Vertrage zulässig ist. Wo übrigens die Unwiderruflichkeit einer solchen Theilung nicht ausdrücklich festgesetzt wurde, streitet die Vermuthung dafür, daß sich die Eltern in dieser Hinsicht freie Hand vorbehalten wollten. (Harprecht, de divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta nr. 300.)

Geschieht die Theilung von Todeswegen, was nach dem Angeführten präsumirt wird, so gilt sie als Codicill, wozu keine Förmlichkeiten erforderlich sind. Es kann aber dann in dieser Weise so wenig als in einem andern Codicill eine Enterbung geschehen, die Kinder gelten als Intestaterben, und die Verfügung kann nur unter Schonung ihres Pflichttheiles Geltung erlangen. (l. 26 C. [6. 36].) Nur hiedurch unterscheidet sich die Theilung von Todeswegen von einem elterlichen Testamente.

Diese auf gemeinrechtlichen Principien beruhende Lehre widerstreitet den Anordnungen des M. L. R. keineswegs, weil auch hier die Erbeinsetzung das Criterium eines Testamentes geblieben ist. (§ 193. 199.)

Vorbehaltlich des Pflichttheiles brauchen die Eltern weder bei der Theilung noch beim Testament eine Gleichheit unter ihren Kindern zu beobachten. (M. L. R. Tit. VIII. § 15.) Eine elterliche Abtheilung, welche durch eine letztwillige Verfügung geschieht, erlangt, wie jeder andere letzte Wille, erst mit dem Tode der Eltern Kraft, und kann folglich bis dahin zurückgenommen werden.

§ 208.

2) Inhalt.

Was den materiellen Inhalt der elterlichen Verfügungen, insbesondere der Testamente betrifft, so sind die leiblichen Eltern nach Tit. VIII. § 15 und 8 des M. L. R. nur verbunden, den Kindern den gebührenden Pflichttheil zu hinterlassen, sonst aber unbeschränkt. Hat demungeachtet eine Verletzung des Pflichttheiles stattgefunden, so sind die verkürzten Kinder berechtiget, das, was ihnen davon abgeht, aus der Nachlaßmasse zu fordern. (A. G. E. vom 1. März 1838, Nr. 232. — A. G. E. vom 11. September 1865, Nr. 1482. — O. A. G. E. vom 18. Dezember 1865, Nr. 98.) Auch die Setzung eines Kindes auf den Pflichttheil oder

dessen rechtmäßige Enterbung ist nur in einem Testamente, also auch in einem Testamente der Eltern unter Kindern statthaft. (O. A. G. E. vom 16. Februar 1861, Nr. 3120. Tit. VIII. § 8 des M. L. R.) Sobald überhaupt die Eltern testiren wollen, müssen sie ihre sämmtlichen Kinder in ihrem Testamente bedenken; die Erwähnung des Pflichttheiles ist jedoch nur eine nothwendige Vorsicht zur Aufrechterhaltung des ganzen Testamentes, weil der Pflichttheil auch auf andere Art schon gegeben oder hinterlassen sein kann. (A. G. E. vom 26. Juli 1861, Nr. 4202. — A. G. E. vom 1. März 1838, Nr. 232. — Erk. des Rev.-G. vom 1. April 1778, J. S. Weiland gegen Escher. — Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Mändel. — Erk. des Rev.-G. vom 18. Juni 1799, J. S. Keller gegen Keller. — Erk. des Rev.-G. vom 18. März 1796, J. S. Keferle gegen Leimbach. — Erk. des Rev.-G. vom 1. Juli 1766, J. S. Klein gegen Klein. — Erk. des Rev.-G. vom 4. April 1788, J. S. Zybart gegen Zybart. — Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1790, J. S. Bollermann gegen Bollermann.)

Dieser Pflicht können sich die Eltern auch schon bei Lebzeiten nach Tit. IX. § 5 entledigen, wenn sie den Kindern den Pflichttheil reichen, und dieselben dadurch mit ihren künftigen Ansprüchen auf den Pflichttheil abfinden (vergl. § 80. 213. 235). Eine vollkommene Abtheilung ist den Stiefeltern nach dem Tode des letztlebenden leiblichen Parens nach Tit. VII. § 5 des M. L. R. (vergl. § 166) zur absoluten Pflicht gemacht, wodurch natürlich auch alle weiteren Ansprüche der Stiefkinder an jene erlöschen, und die Stiefeltern rücksichtlich der Stiefkinder unbeschränkt in ihren letztwilligen Verfügungen bleiben.

Was den Einfluß der Einkindschaftung auf die Testirfähigkeit eingekindschafteter Eltern betrifft, so ist darüber oben § 59 das Nöthige entwickelt.

§ 209.

Hieran reihen sich noch folgende Fragen:

1) Was in Tit. VIII. § 14 des M. L. R. nur bei Gelegenheit der Bestimmungen über die Testamente der Eltern unter ihren Kindern bezüglich der Vollkommenheit des letzten Willens erwähnt worden ist, ist nicht eine Specialität dieser privilegirten Testamente, sondern gilt von allen unvollendeten Testamenten, d. h. ein bloser Aufsatz oder das blose Projekt eines Testamentes soll bei Eltern so wenig gelten, als bei anderen Erblassern.

2) Rücksichtlich der Frage, ob sich die Anordnungen des M. L. R. Tit. IX. § 4, vermöge welcher der Pflichttheil jedem Kinde ausgesetzt werden muß, auch auf die Vorschrift des Tit. VIII. § 14 beziehe, so daß in dem Testamente der Eltern — unter mehreren Kindern auch nur über den Pflichttheil eines einzigen oder einzelner Kinder — verfügt werden könne, wurde in einem Erkenntnisse des k. O. A. G. vom 16. Februar 1861, Nr. 3120 ausgeführt, daß die Bestimmung des Tit. VIII. § 19 sowie überhaupt die in Tit. VIII. u. IX. des M. L. R. über den Pflichttheil enthaltenen Bestimmungen als neben der Vorschrift des § 14 über die privilegirten elterlichen Testamente bestehend zu erachten seien, und daß es demgemäß Aufgabe der logischen Auslegung sei, diese Bestimmungen unter sich in Uebereinstimmung zu bringen. Es wurde in

jenem Erkenntnisse angenommen, diese Uebereinstimmung sei hergestellt, wenn man den Willen des Gesetzes darin finde, daß die Einsetzung eines einzigen von mehreren Kindern auf den Pflichttheil dann vollkommen zulässig sei, wenn sie in einer schriftlichen, ohne Zeugen gefertigten Urkunde, sei es auf einen Theil oder auf eine bestimmte Sache der Verlassenschaft oder auf eine Geldsumme erfolgt, indem auch solch' eine Anweisung des Pflichttheils ohne bestimmte Sache, oder eine Geldsumme, somit auch auf die als Conferenden bezeichneten früher empfangenen Gaben, unstreitig unter den Begriff einer Theilung des Nachlasses im Allgemeinen falle, weil eben damit ein Erbe abgetheilt, und aus der Gemeinschaft des Nachlasses gesetzt werde; es brauche dabei der Ausdruck Erbe gar nicht benützt zu werden, es genüge jede Bezeichnung, aus welcher hervorgeht, daß irgend etwas Gegebenes dem Kinde aufgerechnet werden soll. (M. L. R. Tit. IX. § 2.)

Diese Entscheidung beruhet auf der Voraussetzung, daß das M. L. R. den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen Testament und Codicill weder nach Form, noch nach Inhalt kenne (§ 184. 194. 195), und daß eine elterliche Theilung in einem Testamente geschehen könne. (Vergl. § 207.)

Allein einerseits kann es nach Tit. IX. § 4 und Tit. XIII. § 9 keinem Zweifel unterliegen, daß in einem Testamente der Eltern alle Kinder zu Erben eingesetzt sein müssen (es mag dieses nach Tit. IX. § 2 geschehen, unter welcher Form es wolle), und daß auch der Pflichttheil in einem solchen Testamente bei Strafe der Nichtigkeit hinterlassen werden muß. Ueber ein Kind unter mehreren können also die Eltern absolut nicht testiren. Wird aber eine solche Verfügung als eine Abtheilung aufgefaßt, was sie nach Tit. VIII. § 19 sein kann, so hat sie nicht mehr die Wirkung eines Testamentes, es kann das betreffende Kind darin nicht auf den Pflichttheil gesetzt werden, sondern es eröffnet sich bezüglich des nicht vertheilten Nachlasses die Intestaterbfolge. Der unvertheilte Rest des Nachlasses fällt sämmtlichen Kindern sofort nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu (§ 195 nr. 7, § 261 nr. 1). Auch die nachgebornen Notherben müssen im Testamente collectiv oder generell zu Erben ernannt sein; der Unterschied zwischen diesen und den zur Zeit der Testamentserrichtung bereits gebornen Kindern besteht nur darin, daß die Uebergehung der letzteren im Testament das Testament sogleich von Anfang an ungültig macht, während erst die Geburt der Nachgebornen diese Wirkung hat. Zur Verhütung dieser Ungültigkeit dient also die Vorsicht, nachgeborne Kinder eventuell zu Erben zu ernennen (l. 29 D. [28. 2]).

Die Frage, ob dem Kinde sein Pflichttheil auch außer dem Testament verschafft werden kann, hängt damit nicht zusammen, obgleich sie nach Tit. IX § 5 u. 17 zu bejahen ist. Geschieht dieses bei Lebzeiten ohne Befreiung von der Collationspflicht, so müssen die Kinder das Empfangene conferiren, geschieht es auf den Todesfall, und in der Absicht, das Kind dadurch auf den Pflichttheil zu setzen, so muß dieses in einem eigenen Testamente der Eltern, worin sämmtliche Kinder eingesetzt sind, mit der Bemerkung angegeben werden, daß das betreffende Kind auf den Pflichttheil gesetzt sei, und diesen bereits empfangen habe.

3) Haben die Eltern unter Einmischung fremder Erben ein feierliches Testament errichtet, so ist die Frage, ob eine solche letztwillige Verfügung als Testament oder Codicill zu betrachten sei, nach den oben § 193 ff. gegebenen Regeln zu beurtheilen. Eine wirkliche Erbeseinsetzung

unter einem universellen Rechtstitel wird eine solche letztwillige Disposition immer zu einem wirklichen Testamente stempeln (§ 186), in welchem zur Gültigkeit die Kinder stets sämmtlich eingesetzt oder gesetzmäßig enterbt sein müssen, so daß, was die Kinder betrifft, ihre Einsetzung gemäß Tit. VIII § 19 nicht vermuthet wird. Selbst wenn sie bei Lebzeiten der Eltern mit ihrem Pflichttheil bereits abgefunden sind, müssen die Kinder im Testament der Eltern auf den Pflichttheil gesetzt werden, weil diese Abfindung gemäß Tit. IX. § 5 des M. L. R. nur den Pflichttheil, nicht aber die Intestaterbrechte in ihrem ganzen Umfange betrifft (§ 80. 235). Ist ein Testament der Eltern nicht errichtet worden, so haben die Kinder den durch die Abfindung schon erhaltenen Pflichttheil lediglich in den Nachlaß der Eltern zu conferiren (§ 299).

Daß auch Codicille der Eltern unter Kindern in der privilegirten Form analog den Bestimmungen in Tit. VIII. § 14 des M. L. R. ohne alle Zeugen durch einen blosen schriftlichen Aufsatz errichtet werden können, kann mit Rücksicht auf den Umstand, daß sie auch gemeinrechtlich gestattet sind (Höpfner, Commentar § 626) nicht bezweifelt werden (§ 207). Wenn es daher einem privilegirten Testamente der Eltern rücksichtlich der Erbeinsetzung der Kinder an einem Erfordernisse gebricht, so ist es unbedenklich, daß ein solches Testament durch die hinzugefügte gemeinrechtliche Codicillar-Clausel als ein Vermächtniß aufrecht erhalten werden kann. Denn der Umstand, daß Notherben förmlich eingesetzt oder ausgeschlossen werden müssen, paßt nur auf den Testamentsfall, durch die Codicillar-Clausel aber wird, wenn der Honorirte auf sie recurrirt, die Intestaterbfolge herbeigeführt. Die Fiction der Codicillar-Clausel des M. L. R. wie sie in Tit. VIII. § 19 dargestellt ist, findet aber auf die Testamente der Eltern unter Kindern keine Anwendung, weil wie oben unter nr. 2 ausgeführt es nicht in der Willkühr der Eltern liegt, die Kinder wie drittere Personen im Testamente zu umgehen. Das in einem durch die hinzugefügte Clausel zum Codicill gewordenen Testamente Vermachte wird daher lediglich, und gerade so wie gemeinrechtlich, ein Prälegat des damit bedachten Kindes.

5) Werden in einem elterlichen Testamente einem Kinde etwa zur Vervollständigung seines Pflichttheiles Aufrechnungen gemacht, welche unbegründet sind, so ist der Beweis ihrer Unrichtigkeit nach Analogie des Tit. I. § 8 zuläßig, denn Aufrechnungen in einem elterlichen Testamente sind gleichfalls nur Privataufzeichnungen, gegen welche der Beweis des Gegentheiles selbstverständlich nicht ausgeschlossen ist, da die Beweiskraft eines solchen Testamentes nur auf der Vermuthung beruht, daß die Eltern alle ihre Kinder mit gleicher Liebe umfassen, und daß diese Liebe die Eltern abhalten werde, etwas Unrichtiges zu deren Schaden anzugeben; wo aber das Gegentheil bewiesen wird, muß diese Vermuthung der Wahrheit und Gewißheit weichen.

Im entgegengesetzten Falle müßte es den Eltern anheim gegeben sein, die Erbrechte der Kinder durch falsche Aufrechnungen beliebig zu verkürzen. (A. G. E. vom 1. September 1864, Nr. 2942. — Erk. des Rev.-G. vom 4. April 1778, J. S. Jung gegen Zybarth.)

6) Legitimirte und adoptirte Kinder stehen rücksichtlich des privilegirten Testamentes der Eltern den leiblichen Kindern gleich. (Wening, Bd. III. § 482 (127) — Schweppe, Bd. V. § 820 not. 5. — Glück, Com. Bd. 42 S. 174. — Vergl. § 231 not. 1 § 280.)

7) Ueber den Aufbewahrungsort der fraglichen privilegirten Testamente enthalten die Gesetze keine Bestimmungen. Zur Gültigkeit derselben kommt es nur darauf an, daß die darin enthaltenen Verfügungen eigenhändig geschrieben, und nicht unterschoben seien. Solche Testamente mögen sich daher auch außer dem Gewahrsam der Eltern befinden.

8) Sobald eine Ehe getrennt wird, sei es durch den Tod oder Scheidung, zerfällt das Ehevermögen in seine Bestandtheile, nämlich: in das Eheeinbringen jedes Gatten, und in die Errungenschaft.

Sind nun die Kinder Erben eines Gatten geworden, so verbleibt dem andern Gatten an deren Erbtheil zwar der Nutzgenuß auf Lebensdauer, oder bis zur Versorgung der Kinder im Falle seiner Wiederverehlichung; da jedoch der Nutznießer keine Eigenthumsrechte besitzt, so kann er über das den Kindern erbrechtlich von ihrem verstorbenen Elterntheile zugefallene Vermögen nicht testamentarisch verordnen.

Ist indeß dieses Erbtheil der Kinder ausgeliefert, sei es nach einer förmlichen Abtheilung, oder vermöge einer Uebereinkunft, so steht dem überlebenden Gatten die testamentarische Verfügung über das ihm selbst bei einer solchen Abtheilung als Eigenthum zugefallene Vermögen in so weit zu, als der Pflichttheil der Kinder an *seinem* Vermögen nicht verkürzt wird, er kann daher auch noch z. B. an dem Kaufschilling, welchen eines der abgetheilten Kinder für ein bei der Abtheilung erhaltenes Objekt *ihm* schuldet, einen Nachlaß gewähren, jedoch nur unbeschadet des Pflichttheiles seiner übrigen Kinder [1]). (Erk des Rev.=G. vom 12. April 1764, J. S. Kaster gegen Winter. — Nov. 117 cap. 1.)

9) Schlüßlich ist noch die Frage zu erörtern, ob nach M. L. R. unter der Bezeichnung *Eltern* und *Kinder* auch entferntere Ascendenten und Descendenten, also auch Großeltern und Enkel zu verstehen seien.

Es ist schon mehrfach bezweifelt worden, ob insbesondere unter Tit. VIII. § 14 des M. L. R. auch die Testamente der *Großeltern* zu verstehen seien, indem gemeinrechtlich, sowohl als nach M. L. R. unter den Worten „*Eltern*" „*Kinder*" überhaupt *Ascendenten* und *Descendenten* begriffen würden, insbesondere hier, da der Grund des Gesetzes die Ehrerbietung sei.

Richtig ist allerdings, daß Tit. VIII. § 4 eine Ausnahme von den gewöhnlichen Testamenten nach § 4 u. 7 Tit. VIII. feststellt, und daß eine solche Ausnahme durch Analogie nicht ausdehnend interpretirt werden darf. In einem solchen Falle muß nämlich die Analogie schon deßwegen verworfen werden, weil sie nur allein und ausschließlich bei der Auslegung einer Rechtsregel angewendet werden darf. (Savigny, System des heut. r. R. Bd. I. § 46 S. 293 ff.)

Dennoch findet nach dem gemeinen römischen Recht, welches hier subsidiäre Anwendung hat, die privilegirte Form des Testamentes der Eltern unter ihren Kindern auch bei dem Testamente der Ascendenten,

---

[1]) Bezüglich des Rechtes der Eltern über die Errungenschaft vor der erfolgten Abtheilung zu testiren vergl. § 81 B. a. b. — Der überlebende Gatte kann hiernach nur über den ihm gebührenden ideellen Antheil an der Errungenschaft ohne Verletzung des Pflichttheiles seiner Kinder verfügen, wohin jedoch auch die Bestimmungen über das Legat einer fremden Sache einschlagen. (A. G. E. vom 5. September 1863, Nr. 2183.)

insbesondere der Großeltern statt. (l. 26 C. [3. 36] Nov. 18 c. 7. — Nov. 107 c. 1. — Notariatsordnung von 1512 „Von Testamenten“ § 2 [1]). — l. 4 § 2 D. [2. 4], l. 5 § 2 D. [25. 3], l. 1 § 1 D. [37. 5], l. 51 D. [50. 16], l. 1 § 1 D. [26. 2], l. 3 § 6 D. [38. 4], l. 220 pr. § 1 D. [50. 16]. — Lauterbach, colleg. pr. th. pr. L. 29 I. § 26. — Höpfner, Com. § 460. — Thibaut, § 845. — Schweppe, Bd. V. § 820. — Seufferts Pand. I. § 44 III. § 531.)

So entschieden sich nun auch das gemeine Recht zu Gunsten dieser Interpretation ausspricht, so ist doch nach dem vor dem römischen Rechte gültigen M. L. R. VIII. 14 bedenklich, ob nicht doch diese Gesetzesstelle allein auf das Testament der Eltern unter ihren Kindern buchstäblich genommen einzuschränken sei; denn wenn auch feststeht, daß die Römer unter parentes alle Ascendenten, und unter liberi alle Descendenten verstanden, und daß dieser Sprachgebrauch auch heute noch im römischen Rechte geltend gemacht werden muß, so folgt daraus noch nicht, daß auch die deutschen Juristen unter „Eltern und Kindern“ alle Ascendenten und Descendenten verstehen, resp. daß ein solcher Sprachgebrauch den deutschen Gesetzen eigenthümlich sei. Insbesondere berechtigt das M. L. R. zu einer solchen Folgerung nicht, da durchgehends, und ohne daß man Gegentheiliges nachweisen kann, Eltern nur im gewöhnlichen Sinne von Vater und Mutter, und Kinder im Sinne von Söhnen und Töchtern vorkommen, während Großeltern und Enkel mit ihren wahren Namen genannt sind (vergl. Tit. I. § 8 II. § 1. 2. 4 ff. V. § 1. 2. 3. Tit. VI. § 1. 3. 5 Tit. VII. § 3. 4. 6. 7 Tit. VIII. § 9. 10 Tit. IX. § 1. 3. 4 ff. Tit. X. § 3. 4. 5 ꝛc.), und auch nach dem Einführungsgesetze das Landrecht nach dem buchstäblichen Inhalte angewendet werden soll.

Der Gesetzgeber hat also ausdrücklich verordnet, alle Ausdrücke im grammatischen und gewöhnlichen Sinne, sowie der gemeine Mann sie versteht, aufzufassen, was sich aus der im Einführungsgesetze kundgegebenen Absicht ergibt, den Unterthanen des Erzbisthums Mainz ein klares, allgemein verständliches Recht zu geben.

Da jedoch der Gesetzgeber zugleich verordnet hat, daß es in allen Fällen, wo im M. L. R. keine ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung geschehen ist, bei den gemeinen Rechten belassen werden soll, und die römisch-rechtliche Vorschrift durch ausdrückliche Vorsehung oder Abänderung des M. L. R. nicht aufgehoben ist, und da dieses Statut mit Ausnahme der darin enthaltenen eigenthümlich deutschen Institute dem römischen Rechte nachgebildet ist, und dessen Geist und Principien in sich trägt, so ist auch die Stelle des Tit. VIII. § 14 des M. L. R. dahin aufzufassen, daß unter Eltern und Kindern alle Ascendenten und Descendenten zu verstehen sind, folglich die Testamente der Großeltern unter ihren Enkeln nicht mehr Förmlichkeiten erfordern, als jene der eigentlichen Eltern unter ihren Kindern. (A. G. E. vom 11. Februar 1853, Nr. 316. — O. A. G. E. vom 19. Mai 1865 Nr. 577 64/65.)

Eine Ausnahme hievon vid. § 214 a. E.

---

[1]) Festus de verb. signific. verbum „Parens“. — Parens vulgo pater aut mater appellatur, sed juris prudentes avos et proavos, avias et proavias parentum nomine appellari dicunt.

Auch das bayr. Landrecht Thl. I. cap. 4 § 3 nr. 4 und Anm. nr. 4 — Preuß. Landr. Thl. I. Tit. I. § 40 — österreich. Gesetzb. § 42 — begreifen unter dem Ausdruck „Kinder" nicht nur Söhne und Töchter, sondern auch Enkel, und alle weiteren Descendenten in Rücksicht auf testamentarische Verfügungen.

§ 210.

b) Testamente der Eheleute.

Eheleute sind, solange sie in erster Ehe stehen, nach Tit. VIII. § 8 des M. L. R. befugt, in gemeinschaftlichen Urkunden unbeschränkt zu testiren (vergl. § 199—201), nur rücksichtlich ihrer Eltern und Kinder (Ascendenten und Descendenten § 209 nr. 8 — Tit. IX. § 9 des M. L. R.) sind sie zur Hinterlassung des Pflichttheiles verbunden.

Eine besondere Schwierigkeit bietet in dieser Frage nur die Befugniß der zur weiteren Ehe geschrittenen Gatten rücksichtlich der aus der Vorehe vorhandenen Kinder, d. h. die Beschränkung ihrer freien Disposition auf den Todesfall durch die aus dem gemeinen Rechte in das M. L. R. Tit. VIII. § 9. 10 übergegangenen Strafen der zweiten Ehe poenae secundarum nuptiarum.

Hiernach verliert:

1) Jeder Gatte unter Vorbehalt des Nießbrauches das Eigenthum alles dessen, was durch eine Handlung der Freigebigkeit des vorigen Ehegatten auf ihn gekommen ist, und dieses Eigenthum wird nach der Erbfolgeordnung unter die Kinder erster Ehe gleich getheilt. Auf einen onerosen oder durch die Gesetze angewiesenen Erwerb ist dieses nicht zu erstrecken.

Der Nießbrauch verbleibt nämlich dem zur weiteren Ehe geschrittenen Gatten bis zur Versorgung der erstehlichen Kinder gemäß Tit. VII. § 2 u. 3 (vergl. § 182 nr. 2), über das Eigenthum kann er nur zu Gunsten der Vorkinder verfügen, also auch nicht weiter testiren.

2) Wenn Mutter oder Vater eine neue Ehe eingehen, so verlieren sie gleichfalls das Eigenthum dessen, was sie als Erben eines verstorbenen Kindes erster Ehe an solchen Sachen, welche das Kind von dem verstorbenen ersten Ehegatten erhielt, geerbt haben, und dürfen darüber zum Nachtheile der Kinder erster Ehe nicht verfügen, doch erhalten sie durch den Tod der letzteren ihre vollen Rechte wieder.

3) Der zur weiteren Ehe geschrittene Gatte darf dem zweiten Gatten weder unter Lebenden noch auf den Todesfall aus Handlungen der Freigebigkeit mehr verschaffen, als das am geringsten bedachte Kind erster Ehe von ihm erhält [1]).

---

[1]) Durch Tit. I. § 2 des M. L. R. ist keineswegs bestimmt, daß der zur zweiten Ehe schreitende Gatte seinem zweiten Ehegenossen nicht mehr zuwenden könne, als er dem am geringsten bedachten Kinde erster Ehe selbst mit Verletzung des Pflichttheiles zuwenden will, denn die allegirte Gesetzesstelle spricht nicht von demjenigen Erbtheil, welchen der Testator seinem Kinde zugedacht hat, sondern von demjenigen Erbtheile — Kindstheile — welcher dem Kinde als Pflichttheil gebührt. (A. G. E. vom 11. September 1865 Nr. 1482.)

Der ganze Ueberschuß, mithin nicht blos so viel, als nöthig ist, jene gesetzliche Gleichheit hervorzubringen, fällt auf Verlangen allen Kindern erster Ehe gleichmäßig zu. Es wird hiernach nicht das dem Gatten zuviel Hinterlassene zwischen dem Gatten und den Kindern getheilt, sondern es fällt allein den Vorkindern zu.

Wenn also z. B. der Mann seiner Frau 1500 fl., seinem vorehlichen Sohn aber nur 500 fl. verschaffen würde, so darf man nicht sagen, die Frau hat 500 fl. an den Sohn abzugeben, so daß dann von beiden jedes 1000 fl. haben würde, sondern man muß annehmen, der Frau waren 1000 fl. zuviel gegeben, und diese fallen dann ganz an den Sohn. (l. 6 u. 9 pr. C. [5. 9] Nov. 22 c. 27.)

Dieses Recht verlieren die Kinder erster Ehe weder durch ihre Zustimmung zu der zweiten Ehe, noch dadurch, daß der erste Ehegatte die zweite Ehe erlaubte, wohl aber durch Entsagung, so wie durch ihre gültige Enterbung, oder wenn sie vor dem zur weiteren Ehe geschrittenen Parens sterben. (l. 3 i. f. C. [5. 9] Nov. 22 cap. 27.)

Aus diesen Grundsätzen entwickeln sich verschiedene Streitfragen, welche in nachfolgenden §§ zu betrachten sind.

§ 211.

Nach dem Wortlaute des Tit. VIII. § 9 des M. L. R. muß nicht nur dasjenige Vermögen, welches ein zur zweiten Ehe schreitender Vater oder Mutter von einem Kinde voriger Ehe ab intestato, sondern auch jenes Vermögen, welches er von seinen Vorkindern testamentarisch erhalten hat, den Kindern voriger Ehe nach seinem Tode zurückfallen, und der überlebende Elterntheil kann darüber nicht testiren, es mögen Kinder in zweiter Ehe geboren worden sein, oder nicht. Es stimmt diese Gesetzesstelle genau mit l. 3 § 1 C. (5. 9) überein, welche dasselbe verordnet, es mag eine Intestat- oder Testaments-Erbschaft in Frage sein [1]).

In voller Uebereinstimmung hiemit stehen auch die Verordnungen des gemeinen Rechtes.

Die Nov. 22 cap. 7 scheidet drei Fälle aus:

a) Ist nur ein Kind aus voriger Ehe vorhanden, so kann der Stiefvater oder die Stiefmutter nicht mehr bekommen, als diesem Kinde hinterlassen worden ist.

b) Sind mehrere Kinder aus erster Ehe da, welche alle einen gleichen Theil aus dem Vermögen ihres Vaters oder ihrer Mutter erhalten, so kann der Stiefparens nicht mehr als einen Kindstheil erhalten.

c) Sind den Kindern der vorigen Ehe ungleiche Theile ausgesetzt, so bestimmt zwar die minor portio des Kindes, wie viel dem Stiefparens hinterlassen werden kann; diese geringere Portion ist aber nicht nach der willkührlichen Bestimmung des über sein Vermögen verfügenden Parens zu berechnen, sondern nach der Größe des dem Kinde gebührenden Pflichttheiles — tertia aut media portio des Intestaterbtheiles. (Glück, Com. Bd. 24 S. 149. — O. A. G. E. vom 18. Dezember 1865 Nr. 98.)

[1]) So wurde auch erkannt von dem kurfürstl. Hofgerichte unterm 20. September 1768, J. S. Weller gegen Vogt, weil das Landrecht ohne Unterscheidung der Testaments- oder Intestaterbfolge spreche. Dieses Erkenntniß wurde jedoch in dritter Instanz durch Urtheil des Rev.-G. vom 3. Juli 1769 aus folgenden Gründen abgeändert:

1) Weil nach Tit. III. § 2 des M. L. R. Alles während der Ehe Ererbte als Illat gilt, womit der Erbe auf den Todesfall uneingeschränkt schalten und walten kann.

Die Wiederholung der Bestimmung des Tit VIII. § 9 in Tit. XIV. § 2 wäre offenbar etwas Ueberflüssiges gewesen, da erstere Stelle eine Ausnahme der letzteren ebenso im M. L. R. wie im gemeinen Rechte ist, auch ist die dem Vater in Tit. VIII. § 9 gegebene Befugniß, zu Gunsten der Vorkinder zu testiren, nicht eine Erläuterung der vorausgegangenen

---

2) Weil das M. L. R. in allen zweifelhaften Fällen aus dem zu Grunde liegenden gemeinen römischen Rechte seine Erklärung herholen müsse.

In l. 3 § 1 C. (5. 9) sei nun allerdings ohne Unterschied, also überhaupt von ererbtem Vermögen die Rede, allein in der Nov. 22 cap. 46 § 1 sei diese Bestimmung dahin abgeändert, daß die Mutter das ihr von einem Kinde in einem rechtsbeständigen letzten Willen Zugeschriebene als Eigenthum behalten dürfe. Der dort angeführte Grund, — daß, wie es einem solchen Kinde erlaubt sei, einem Fremden etwas zu hinterlassen, ohne daß diesem die Eingehung einer zweiten Ehe zum Nachtheile gereicht, es ebenso dem Kinde erlaubt sein müsse, der Mutter das Eigenthum und den Nießbrauch zu hinterlassen, es möge die Gegenstände von einem Fremden erlangt, oder von seinem Vater ererbt haben, — finde auch auf das M. L. R. seine volle Anwendung. Das Revisionsgericht hat daher ausgesprochen, daß auch nach M. L. R. der überlebende Elterntheil das ihm durch ein Testament seines Kindes aus voriger Ehe zugewendete Vermögen zum vollen Eigenthum verbleibe, und bei der Erbtheilung unter seinen Kindern aus verschiedenen Ehen als Vatergut, resp. als ein Theil desselben zu betrachten sei, woran also diesen sämmtlichen Kindern der verschiedenen Ehen gleiche Rechte zustehen, und worüber der Vater unter Berücksichtigung des den Kindern gebührenden Pflichttheiles weiter testamentarisch verfügen kann.

Der Referent in der angeführten Rechtssache, C. v. Ottenthal, welcher bei Verfassung des Landrechtes nach seinem Vertrage mitthätig war, bezweifelt, daß diejenigen, „welche das Landrecht zusammengetragen haben", an die Novelle 22 cap. 46 § 1 dachten, indem sonst der Zweifel auf die eine oder andere Art gelöst worden wäre, und fügt bei: „das hohe Dicasterium wird erleuchtet einsehen, daß diese strittige thesis pro et contra in infinitum disputirt werden könne, zuletzt doch allemal schwer fiele, dieselbe doctrinaliter zu decidiren".

In einer anderen Rechtssache Neiß gegen Neiß wurde entsprechend der oben vorgetragenen Anschauung des kurfürstl. obersten Gerichtshofes geltend gemacht, daß das M. L. R. in Tit. VIII. § 9 den Streitgegenstand nicht deutlich und ausdrücklich entscheide.

Das L. R. verordne in Tit. XIV. § 2 ohne Vorbehalt, daß, wenn Kinder aus zwei oder mehreren Ehen vorhanden, jedes derselben dasjenige erbe, was seine rechten Eltern an errungenem oder zugebrachtem Gute verlassen. Das L. R. unterscheide hierin nicht, und gestatte indistincte die Erbfolge. Ebenso erkläre dasselbe in Tit. XIV. § 3 ohne alle Einschränkung die Eltern für die rechtmäßigen Successoren ihrer ohne Notherben verstorbenen Kinder, und setze nur noch in § 6 im Falle vorhandener Geschwister diese mit den Eltern in gleiche Theile in des verstorbenen Kindes Vermögen ein. Hätte der Gesetzgeber also hier kein Erbrecht, sondern blosen Nießbrauch festsetzen wollen, so hätte dieses ausgedrückt sein müssen, indem odiosa nicht vermuthet würden.

Die Beschränkung in Tit. VIII. § 9, daß die Eltern nicht über die Erbschaft ihrer Vorkinder zu Gunsten der Kinder nachfolgender Ehen testiren dürften, erläutere den vorausgehenden Satz „das muß sie den Kindern voriger Ehe nach ihrem Tode überlassen", und schließe der Eltern Intestaterbrecht in das, was sie von den Kindern voriger Ehe erbrechtlich und also nach gesetzlichen Begriffen als Eigenthum erhalten haben, nicht aus, sonst würde die Bestimmung in Tit. VIII. § 9 mit jener in Tit. XIV. § 2 in Widerspruch stehen; aus der in Tit. VIII. § 9 enthaltenen Einschränkung der facultas testandi könne mit rechtlichem Grunde nichts weiter gefolgert werden, als daß der Gesetzgeber dem zur weiteren Ehe schreitenden Vater die Gelegenheit benehmen wollte, die folgenden Ehekinder durch ein Testament vor den Vorkindern mehr zu begünstigen, als ihnen die Intestaterbfolge gewährte.

Das M. L. R. enthalte also keine bestimmte Verordnung, welche die Kinder der folgenden Ehe in jenem Vermögen ihres rechten Vaters ausschlösse, welches derselbe von einem verstorbenen Kinde voriger Ehe ererbt habe, um so mehr, als nach dem Grundsatze „semel heres, semper heres" der Vater oder die Mutter, wenn sie einmal Erben geworden wären gemäß Tit. XIV. § 2, sie nicht mehr aufhören könnten, Erben zu sein.

Bestimmung, sondern eine Ausdehnung des nur auf seine Lebensdauer begrenzten Nießbrauches am Vermögen der Vorkinder, dahin, daß der Vater neben dem Nutzgenuß auch (und zwar gegen die sonstigen Befugnisse des Nutznießers), aber nur zu Gunsten der Vorkinder testiren könne, eine Anordnung, welche sich mit dem Geiste dieses Gesetzes, wonach nichts von dem bereits ausgeschiedenen erstehlichen Vermögen auf die Kinder der zweiten Ehe kommen soll, recht wohl verträgt. Im Uebrigen hat sich auch das M. L. R. durch den klaren Wortlaut des Tit. VIII. § 9 nur den gemeinrechtlichen Bestimmungen der l. 4 C. (5. 9) angeschlossen, und die Abänderungen der Nov. 22. cap. 46 § 1 unberücksichtigt gelassen, es besteht daher, nachdem hier nicht die Frage sein kann von einem im Statut nicht erwähnten Falle, oder von einem zweifelhaften Wortlaute, kein Grund, auf das subsidiäre gemeine Recht zurückzugreifen, und einen Unterschied zu machen, ob der überlebende Elterntheil in den Besitz des Vermögens eines Vorkindes durch Testament oder vermöge Intestaterbrecht gekommen ist. In beiden Fällen erlangt der betreffende Elterntheil nur die lebenslängliche Nutznießung mit der Befugniß, über das Eigenthum zu Gunsten, aber auch lediglich nur zu Gunsten der Vorkinder durch Testament zu verfügen.

Es kann über diese Auslegung des § 9 um so weniger ein Bedenken obwalten, als diese Gesetzesstelle (während sie im gemeinen Rechte unter der Rubrik de secundis nuptiis lib. V. Tit. 9 Codicis, Novelle 22 steht), obgleich sie nur eine Strafe der zweiten Ehe ist, unter den Titel von Testamenten gesetzt wurde, und der Gesetzgeber um so mehr veranlaßt gewesen wäre, Erwähnung zu thun, wenn er zwischen der Testaments- oder Intestaterbfolge hier hätte einen Unterschied machen wollen.

Die überwiegende Praxis hat sich auch dahin ausgesprochen, daß der Tit. VIII. § 9 allgemein zu fassen sei. (Erk. des Rev.-G. vom 16. September 1801, J. S. Zöller gegen Zöller. — Erk. des Rev.-G. vom 19. Juli 1802, J. S. Neiß gegen Neiß. — Erk. des Rev.-G. vom 20. August 1803, J. S. Scherer gegen Scherer. — Erk. des Rev.-G. vom 10. Juli 1784, J. S. Kremer gegen Bausback. — Erk. des Rev.-G. vom 20. Dezember 1798, J. S. Feth gegen Feth. — Erk. des Rev.-G. vom 12. September 1794, J. S. Schell gegen Filsinger.)

Es macht endlich keinen Unterschied, ob die erstehlichen Kinder, um deren Nachlaß es sich handelt, vor oder in zweiter Ehe verstorben sind, die überlebenden Eltern haben im einen, wie im anderen Falle von solchen Erbschaften nur auf Lebensdauer den Nutzgenuß. (Erk. des Rev.-G. vom 18. Juli 1784, J. S. Kremer gegen Bausback.)

§ 212.

Eine besondere Untersuchung bedarf die Frage, ob unter Tit. VIII. § 9 das ganze Vermögen des Vorkindes verstanden sei, ohne Rücksicht, ob es vom verstorbenen Gatten als Vatergut oder Muttergut herrührt, oder ob es vom Kinde anderwärts erworben war. Das M. L. R. hat diesen Unterschied ebenfalls nicht ausdrücklich erwähnt, allein aus anderen Stellen des Gesetzes ist doch zu entnehmen, daß es das Elterngut der Kinder

von ihrem sonstigen Vermögen rücksichtlich der den Eltern daran gebührenden Rechte des Nutzgenusses, sowie auch rücksichtlich des Verfügungsrechtes der Kinder selbst auf den Todesfall, unterschieden wissen wollte.

In Tit. VI. § 5 und Tit. VII. § 2 sind der Kinder Güter und das Vermögen des verstorbenen Gatten auseinander gehalten (vergl. § 164 lit. C.), und in Tit. VIII. § 1 ist den Kindern, auch wenn ihre Eltern noch am Leben sind (wo also von Vater- und Muttergut beim Leben beider Eltern noch keine Rede sein kann), sobald sie etwas Eigenthümliches haben, uneingeschränkt und soweit keine Verletzung der Pflichttheilsberechtigten stattfindet, gestattet, darüber zu testiren. Es muß den Kindern also auch gestattet sein, wem immer bezüglich dieses eigenthümlichen Vermögens Eigenthumsrechte zu hinterlassen (lediglich unter Vorbehalt des einem Andern gebührenden Nutzgenusses), also auch die Eltern mit allen Rechten zu Erben einzusetzen [1]).

Wenn nun nebstdem die Absicht der Strafen der zweiten Ehe dahin gerichtet ist, daß das den Kindern bereits zugeschiedene Vermögen der Vorehe auch diesen Kindern der Vorehe unverkürzt bleibe (l. 3 pr. C. [5. 9]), so ist diese Absicht vollkommen erreicht, wenn von diesem Ehegut durch den überlebenden Elterntheil als Mittelsperson an die Kinder der Nachehe nichts übertragen werden kann. Auf das übrige, auch nach M. L. R. unterschiedene Vermögen des Vorkindes leidet aber dieser Grund des Gesetzes keine vernünftige Anwendung. Die mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende Verordnung des Tit. VIII. § 9 des Statutes muß daher aus dem gemeinen Rechte (Nov. 22 cap. 46 § 1 und § 2) dahin ergänzt werden, daß das Kind seinen Eltern sein speciell erworbenes Vermögen (außer dem Vater- und Muttergut) nicht blos durch Testament gleich wie einem Fremden zum unbeschränkten Erbe hinterlassen kann, sondern daß die Eltern auch, wenn das Kind ohne letzten Willen stirbt, sie mögen eine zweite Ehe bereits eingegangen haben, oder später eingehen, dessen Vermögen (welches nicht aus Vater- oder Muttergut erworben ist), nach den Regeln des Intestaterbrechtes mit den Geschwistern des Verstorbenen gemäß Tit. XIV. § 6 zu gleichen Kopftheilen beerben.

Von dem in dem Nachlasse des Kindes enthaltenen Vater- oder Muttergute erhält dagegen der überlebende Elterntheil, er mag nach Testament oder nach der gesetzlichen Erbfolge in den Besitz gelangen, nur den Nutzgenuß [2]).

Es entsteht nun noch die Frage, ob in den von dem Gesetzgeber in Tit. VIII. § 9 gebrauchten Worten „muß sie den Kindern voriger Ehe nach ihrem Tode überlassen" wirklich nur von einem Nutzgenusse der Eltern die Rede ist, oder ob sie erbrechtlich Eigenthumsrechte ein sog. Fiduciar-Eigenthum erlangen sollen.

---

[1]) Als Beweis, daß das M. L. R. einen Unterschied im Vermögen der Kinder rücksichtlich des Erwerbes von den Eltern oder von Fremden wohl kennt, mögen die §§ 3 und 4 Tit. X. dienen, nach welchen zwar der Vater über beiderlei Vermögensbestandtheile der Kinder Nacherben einsetzen kann, die Mutter aber nur in Beziehung auf das Muttergut.

[2]) Was im gemeinen Rechte von der Mutter gesagt ist, muß auch vom Vater gelten. (Glück, Comm. XXIV. S. 138. — Wening, Lehrb. § 385 nr. 2.) Im M. L. R. Tit. VIII. § 9 ist dieses ausdrücklich ausgesprochen.

Es ist hiebei zu berücksichtigen, daß die Strafen der weiteren Ehen singuläre Vorschriften sind, und daß es im gemeinen Rechte bezüglich jener Vermögenstheile, welche die Eltern an die Vorkinder zurückgeben müssen, immer nur heißt „sie empfangen blos den Nießbrauch“ und dieses muß auch für das M. L. R. angenommen werden, weil dieses Statut die aufgeworfene Frage nicht berührt, und daher auf das gemeine Recht zurückgegangen werden muß. Die Praxis hat dieses auch so angenommen. (Erk. des Rev.=G. vom 10. Juli 1789, J. S. Kremer gegen Bausback. — Erk. des Rev.=G. vom 20. Dezember 1798, J. S. Feth gegen Feth.)

Es muß dieses jedoch so aufgefaßt werden, daß vermöge der Singularität der gesetzlichen Bestimmung das ursprüngliche Erbrecht erst in einen Nießbrauch übergeht, wenn der überlebende Elterntheil nach dem Anfall der Erbschaft aus dem elterlichen Vermögen des Vorkindes eine weitere Ehe schließt. (l. 5. 6 § 1 C. l. 8 § 1 C. [5. 9] l. 11 C. [5. 17] Nov. 22. cap. 23—26. 30. 34. Nov. 98 cap. 2. — Erk. des Rev.=G. vom 12. September 1794, J. S. Schell gegen Filsinger.)

Für diesen Nutzgenuß kann nur im Falle bewiesener Verschwendung von dem Nutznießer Sicherheitsleistung verlangt werden. (Erk. des R.=G. vom 10. Juli 1784, J. S. Kremer gegen Bausback.)

Die Veräußerung der dem Nießbrauch unterworfenen Vermögensbestandtheile bleibt aber gänzlich untersagt (l. 6 § 1 C. [5. 9]), und wenn davon an irgend jemand etwas übertragen sein sollte, so soll dieses aus den Mitteln des Nutznießers ersetzt werden, damit gedachtes Vermögen unverkürzt an die Kinder, denen es in den Gesetzen bestimmt ist, gelange. (l. 3 pr. C. [5. 9]).

§ 213.

Was den Einfluß des Tit. IX. § 5 des M. L. R. auf die Frage betrifft, ob jene Kinder, welche bei Lebzeiten der Eltern schon mit ihrem ganzen Pflichttheil aus dem Vermögen beider Eltern abgefunden wurden, gemäß Tit. VIII. § 9 das dem überlebenden und zur weiteren Ehe geschrittenen Elterntheile über diesen Pflichttheil hinaus Zugewendete nach dessen Tod zurückverlangen können, so ist zu berücksichtigen, daß die letztere Gesetzesstelle mit der Pflichttheilsberechtigung der Kinder in keiner Weise zusammenhängt, da der Pflichttheil der Kinder durch Zuwendungen an den Gatten ohnedieß nach Tit. IX. § 1 und Tit. VIII. § 8 nicht geschmälert werden darf. In Tit. IX. § 5 ist aber auch ausdrücklich beigesetzt, daß die Kinder vermöge der Abschichtung nur „wegen des Pflichttheiles“ keine Ansprüche mehr an die Eltern zu machen haben, selbst wenn sich deren Vermögen später, wenn auch noch so bedeutend vermehren sollte. Hieraus geht hervor, daß alle übrigen Rechte der Kinder durch diese Gesetzesstelle um so mehr unangetastet bleiben sollten, als sie ja auch durch jene Anordnung ihres Erbrechtes überhaupt nicht verlustig werden, es sei denn, die Eltern hätten durch eine letztwillige Verordnung ihre Kinder wirklich auf den Pflichttheil gesetzt. Stiefeltern können also auf keine Weise nach Tit. VIII. § 10 des M. L. R. mehr als das am geringsten bedachte Kind der Vorehe erhalten, es mag dem letzteren sein Theil am elterlichen Vermögen durch Testament oder durch Zuwendung bei Lebzeiten der Eltern gegeben worden sein.

§ 214.

Rücksichtlich der Bestimmung des Tit. VIII. § 10 des M. L. R. ist vor Allem zu beachten, daß es sich nur um Zuwendungen an den zweiten Ehegatten in Beziehung auf die Kinder erster Ehe handelt, also um einen Gatten und um Kinder, welche durch den Tod des letztlebenden leiblichen Elterntheiles außer alle gesetzliche vermögensrechtliche Beziehungen gesetzt worden sind, und vermöge dieses Todes einander blos noch wie fremde drittere Personen gegenüber stehen; denn die Stiefeltern haben weder Erbrechte gegenseitig mit den Stief-Vorkindern, noch einen Nutzgenuß an deren Vermögen. Mit dem Tode des letztlebenden Elterntheiles wird das ganze Band zwischen dem hinterlassenen zweiten Gatten und den leiblichen Kindern des Verstorbenen gelöst, so daß der Fall einer förmlichen Abtheilung des beiderseitigen Vermögens eintritt. (Vergl. § 164 C. § 166. § 177 c.)

Wenn nun das M. L. R. in Tit. VII. § 4 allerdings gestattet, auch den lebenslänglichen Nutzgenuß an dem elterlichen Vermögen der Vorkinder dem überlebenden Ehegatten resp. Stiefparens der Vorkinder entweder durch Eheverträge oder Testament zu hinterlassen, so ist dieser Akt einerseits eine Handlung der Freigebigkeit, weil der Stiefelterntheil gesetzlich keinen Anspruch darauf hat, anderseits aber ist diese Liberalität durch Tit. I. § 2 dahin beschränkt, daß anstatt des Nutzgenusses der zur weiteren Ehe Schreitende seinem Ehegenossen an der zukünftigen Errungenschaft so viele Theile zulegen kann, als ihm beliebt, daß er jedoch dem zweiten Gatten von seinem eigenen Vermögen (von seiner Verlassenschaft Tit. I. § 2) nicht mehr zuwenden darf, als der einem Vorkinde aus dem Vermögen des betreffenden Elterntheiles dereinst zufallende [1]) geringste Erbtheil beträgt. (Vergl. § 23.)

Die gesetzliche Anordnung in Tit. VIII. § 10 ist nur die nothwendige Folge jener gesetzlichen Bestimmungen, und dahin gerichtet, daß Alles, was dem Tit. I. § 2 entgegen dennoch dem zweiten Ehegatten zugelegt wurde, an die Kinder voriger Ehe zurückfallen soll. In dieser Bestimmung liegt aber nicht nur die in Tit. I. § 2 vorgesehene Ausgleichung zwischen den Ansprüchen des zweiten Gatten und seiner Stiefkinder, sondern zugleich eine eigentliche Strafe des zweiten Gatten, indem er, wenn dem Tit. I. § 2 wirklich und absichtlich zuwider gehandelt wurde, nicht nur nicht mehr seinen Stiefkindern gleichgestellt ist, sondern das zu viel Erhaltene an die Vorkinder (seine Stiefkinder) herausgeben muß. (§ 210 nr. 3.)

---

[1]) Die Erhebung des Anspruches der Vorkinder setzt nach Tit. VIII. § 10 des M. L. R. den Tod ihres zur weiteren Ehe geschrittenen Parens voraus, dafür sprechen die Worte in Tit. I. § 2 „daß dem zweiten Ehegatten aus der Verlassenschaft nicht mehr zugewendet werden kann, als dasjenige Kind der Vorehe erhält, welches den geringsten Theil bekommt.“ (Vergl. § 23 zu nr. 2.)

So lange der zur zweiten Ehe geschrittene Gatte lebt, kann nicht bemessen werden, welches Kind am wenigsten bekommt, indem ja der Vater einem seiner Kinder, oder allen fortwährend bis zu seinem Tode noch Zuwendungen machen kann; erst nach seinem Tode läßt sich zusammenrechnen, wie viel jedes Kind, und also auch das am wenigsten bedachte zu seinen Lebzeiten oder erbweise bekommen hat, und ebenso kann sich dann erst herausstellen, ob die Stiefmutter von ihrem verstorbenen Manne wirklich mehr erhalten hat, als dessen am wenigsten bedachtes Kind erster Ehe. (O. A. G. E. vom 20. April 1852, J. S. Vogel gegen Maier.)

Durch den Wortlaut des Tit. VIII. § 10 „es sei auf was Weiß es wolle“ ist die Verordnung des Statuts in volle Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte (l. 3. C. [5. 9]) gebracht, so daß sich jene Verfügung nicht blos auf ein Verschaffen durch Eheverträge oder Testamente beschränkt, sondern auch alle Vermögensvortheile begreift, welche dem Betreffenden aus dem Vermögen des ersten Gatten überhaupt zugefallen sind, z. B. Schenkungen (Nov. 2), Morgengabe, Widerlage. (Nov. 22. c. 30.)

Nach l. 6 C. [5. 9] Nov. 22. c. 27 soll dasjenige, was zunächst zu Gunsten der Kinder erster Ehe verordnet ist, ebenso in dem Verhältnisse zwischen den zum zweiten Male verheiratheten Großeltern und ihren aus erster Ehe entsprossenen Enkeln beachtet werden. Die dabei gewählte Wortfassung läßt jedoch nicht zu, dieses von einer völligen Gleichstellung der Enkel mit den Kindern zu verstehen, vielmehr können die Enkel nur als Repräsentanten desjenigen Kindes erster Ehe, von welchem sie abstammen, in Betracht kommen. (Tit. II. § 12 Tit. XIV. § 6 des M. L. R.) Der Kindstheil des zweitehlichen Gatten ist daher nicht nach dem Erbtheile eines Enkels, sondern nach dem Erbtheile des Stammes des Enkels zu bemessen.

Es ergibt sich dieses, wenn auch nach römischem Sprachgebrauch, unter der Bezeichnung „liberi“ gewöhnlich alle Descendenten verstanden werden (§ 209 nr. 9 l. 56. 220 D. [50. 16]) daraus, daß ein solcher genereller Sprachgebrauch da nicht von rechtlichem Gewichte sein kann, wo es sich von Bestimmung des Erbtheiles handelt (§ 6 J. [3. 1] Nov. 118 cap. 1), und daß die Enkel resp. Kinder eines Sohnes juristisch nach l. 11 § 1 D. [37. 4] nur als eine Person mit diesem angesehen werden, und daher bei Bestimmung eines Kindstheiles auch nur als eine Person in Betracht kommen. (Thibaut, Syst. § 858.)

§ 215.

Der Kindstheil, welcher nach Tit. I. § 2 im Zusammenhalte mit Tit. VIII. § 10 u. XI. § 3 von dem zur weiteren Ehe schreitenden Gatten, welcher Kinder aus voriger Ehe hat, seinem weiteren Ehegatten anstatt des Nießbrauches (§ 227) verschafft wird, muß im Falle der Wiederverehlichung dieses Gatten an die Vorkinder zurückgegeben werden. Wird ein solcher Kindstheil verschafft, was nach Tit. I. § 2 schon in den Ehepakten geschehen kann, so liegt es zwar allerdings an und für sich schon in der Natur der Sache, daß damit nicht blos ein lebenslänglicher Nießbrauch (§ 162. 164 B) daran gemeint sein könne, sondern eine Verschaffung zum unbeschränkten Eigenthum, und daß sonach der Honorirte auch befugt sein muß, über den ihm auf rechtsgültige Weise verschafften Kindstheil nach Belieben zu verfügen; allein sobald er zur weiteren Ehe schreitet, ändert sich das Rechtsverhältniß bezüglich dieses Kindstheiles in der Art, daß er nach Tit. VIII. § 9 nun darüber nicht mehr anders, als nur zu Gunsten der Kinder erster Ehe verfügen kann. (A. G. E. vom 4. Mai 1847, Nr. 73.)

Es ist dieses jedoch dahin zu verstehen, daß an diesem Rückfall auch die in die erste Ehe zugebrachten Kinder des verstorbenen ersten Gatten Antheil nehmen, weil der Kindstheil von dem gemeinschaftlichen Parens

dieser beiderlei Vorkinder herrührt. Offenbar lag es in der Absicht des Gesetzgebers, dem zur weiteren Ehe schreitenden Gatten die Möglichkeit zu benehmen, zum Nachtheile — der außerdem zufolge der Abstammung vom verstorbenen Gatten zur vollen Erbschaft berechtigten Kinder — über die fraglichen Zuwendungen ihres gemeinsamen Elterntheiles zu verfügen, und wenn hiebei der Ausdruck gebraucht wird „es geschehe denn unter die Kinder derselben vorigen Ehe", so kann dieses seinen Grund nur darin haben, weil man an den Fall, daß der verstorbene Ehetheil selbst schon Kinder aus einer früheren Ehe mit in die vorige Ehe gebracht hat, nicht dachte, oder weil auch diese eingebrachten Kinder in Ansehung ihres Vaters oder ihrer Mutter zu derselben Ehe gehören, resp. Stiefgeschwister der in der neuen Ehe erzeugten Kinder sind.

Eine Schmälerung dieses zurückfallenden Kindstheiles darf der Erblasser nicht verfügen, und ebendaher denselben auch nicht mit einem Nutzgenusse seines hinterlassenen Gatten belasten. (A. G. E. vom 4. Mai 1847, Nr. 73. — Erk. des Rev.=G. vom 16. August 1789, J. S. Escher gegen Weiland.)

Beim Vorhandensein von Kindern der Vorehe kann also dem zweiten Ehegatten (dem Stiefparens der Vorkinder) ein Kindstheil aus dem Vermögen des verstorbenen leiblichen Parens dieser Vorkinder Tit. I. § 2), oder der Nutzgenuß seines Nachlasses (Tit. VII. § 4) verschafft werden. Der Werth dieses Nutzgenusses darf jedoch den Werth jenes Kindstheiles nicht übertreffen (Tit. VIII. § 9. 10).

Uebersteigen die bezogenen Renten des Nießbrauches den Werth des Kindstheiles, so muß der Mehrbetrag zurückersetzt werden. Denn rechnet man z. B., daß des Vaters Vermögen in 6000 fl. bestehe, und er hätte nebst seiner Wittwe 5 Vorkinder hinterlassen, so betrüge deren Kindstheil je 1200 fl., während die Renten des Nießbrauches der Wittwe von 6000 fl., selbst wenn sie nur 5 Jahre im Genuß bleibe, zu 4% schon ebensoviel als ein Kindstheil betragen; bei längerem Genuß würde die Wittwe mehr als einen Kindstheil erhalten. Wäre der Mutter im gegebenen Falle ebenso wie den Kindern ein Kindstheil verschafft worden, so hätte sie nur 1000 fl. anzusprechen gehabt, den Vorkindern würden aber in 5 Jahren von ihren Kindstheilen noch dazu 200 fl. Renten angefallen sein, welche sie durch den Nießbrauch der Mutter entbehren mußten.

Zur Begründung einer auf eine solche Herauszahlung gerichteten Klage muß indeß dargelegt werden, wie viel mehr dem zur weiteren Ehe geschrittenen Gatten durch den vom Erblasser vermachten Nießbrauch über die Gebühr an reinem Ertrage zugewendet worden ist. (Seufferts Archiv, Bd. VIII. nr. 98. — Erk. des Rev.=G. vom 16. August 1789, J. S. Escher gegen Weiland.)

Ueber die Zuwendungen an den zweitehlichen Gatten durch Ehevertrag (vergl. § 23).

§ 216.

Außer den vorangeführten Beschränkungen können Eltern resp. Eheleute nur über ihr eigenes Vermögen frei testiren; es ist ihnen dieses sogar rücksichtlich jener Vermögenstheile gestattet, welche während der Ehe erworben worden sind, soweit nicht über mehr als den jedem Ehegatten zustehenden ideellen Errungenschaftsantheil disponirt wird.

Aus dem Umstande allein, daß ein Vermögenstheil in stehender Ehe erworben wurde, folgt aber nicht, daß er errungenschaftliches Gut sei. Nach Tit. III. § 3 des M. L. R. wird nämlich Alles für Errungenschaft gehalten, was während der Ehe erworben wurde, und nach Abzug der in der Ehe gemachten Schulden übrig bleibt. Es ist daher nicht bloß nothwendig, daß ein Vermögenstheil in stehender Ehe erworben wurde, sondern er muß auch, nachdem die ehlichen Schulden gedeckt sind, bei der Auflösung der E. G. noch vorhanden sein, wenn er als errungenschaftliches Vermögen gelten soll.

Außerdem können ja auch Objekte mit dem eingebrachten Vermögen angeschafft worden sein, welche nach Umständen als Surrogate den Charakter des Zugebrachten annehmen (vergl. § 73 nr 2).

Werden daher Testamente mit der Behauptung angefochten, daß der Testator über die Güter seines Ehegenossen, also über fremdes Vermögen, verfügt habe, so müssen die diese Behauptung begründenden Verhältnisse dargelegt und bewiesen werden. (A. G. E. vom 29. April 1851, Nr. 366.)

§ 217.

c) Testamente der Einheimischen und Ausländer.

Das M. L. R. gestattet in Tit. VIII. § 1 den Ausländern ebenso wie den Einheimischen, wenn sie sich zur Zeit der Testamentserrichtung in seinem Gebiete aufhalten, nach den hier bestehenden Vorschriften mit der Wirkung zu testiren, daß ihre Verfügungen volle Kraft haben sollen, und knüpft daran die weitere Bestimmung in Tit. VIII. § 16, daß auch ein im Auslande errichtetes Testament, soferne es den dortigen Landesordnungen und Gewohnheiten gemäß errichtet ist, rücksichtlich der darin über alle im kurmainzischen Gebiete gelegenen Güter und Vermögenstheile getroffenen Verfügungen als rechtsbeständig anzusehen sei.

Nach der bayerischen Gerichtsordnung cap. XIV. § 7 nr. 8 soll in Ansehung der blosen Form und Solemnität einer gepflogenen Handlung nach dem Statut und der Gewohnheit des Ortes, wo die Handlung gepflogen wird, gesprochen werden. Hieraus ergibt sich, daß übereinstimmend mit den angeführten Stellen des M. L. R. die Form letzter Willen sich nach den Gesetzen des Ortes bestimmt, wo sie errichtet wurden, während sowohl die testamentarische als die Intestat- und Vertragserbfolge, als Berechtigung aufgefaßt, sich nach den Gesetzen jenes Ortes richtet, wo der Erblasser zur Zeit des Todes seinen Wohnsitz hatte. (O. A. G. E. vom 18. Dezember 1865, Nr. 98 $^{65}/_{66}$. — O. G. E. vom 11. September 1865, Nr. 1482.)

Ebenso sind nach den Gesetzen seines Wohnortes auch die Rechte und Verpflichtungen desjenigen zu beurtheilen, welcher durch die Erbfolge in die Rechte des Erblassers eintritt. (Glück, Com. I. S. 292. — Seuffert, Com. Bd. I. S. 332 ff.)

Sind die an diesen bezeichneten Orten geltenden Gesetze unbekannt, so ist darüber Beweis aufzulegen, und die Beweislast trifft denjenigen, welcher aus jenen Gesetzen Rechte für sich abzuleiten gedenkt.

Unterschieden von wirklichen Beerbungsfällen ist aber die Beurtheilung über die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehe, denn diese

werden durch den Abschluß der Ehe begründet (vergl. § 22 nr. 6), und wirken nicht allein rücksichtlich der gegenseitigen Ansprüche der Gatten, sondern auch in Ansehung der Berechtigungen der Kinder auf Pflichttheil, Notherbenrecht rc., fort, mag auch der Notherbrechtsfall unter der Herrschaft eines ganz anderen Statuts eintreten.

Ob bei Personen, welche keinen Wohnort haben, das Recht des Ortes ihrer Herkunft entscheide, oder die Gesetze des Ortes, wo der Erblasser gestorben ist, ist streitig. Die Ansicht, daß der Ort des Todes den Wohnort vertrete, beruht auf der Ausdehnung des Grundsatzes, daß der Vagabund an dem zufälligen Orte seines Aufenthaltes seinen Gerichtsstand habe, und nach dessen Vorschriften seine Handlungen einrichten müsse, allein gemeinrechtlich (l. 3. 4 C. [10. 38]) und vernünftiger Weise entscheidet beim Mangel eines Wohnortes der Ort der Geburt, denn es läßt sich nicht annehmen, daß der nur vorübergehend an einem Orte Weilende nach den Gesetzen dieses Ortes habe beerbt werden wollen, und ebensowenig, daß das Gesetz seine Vorschriften über Erbrecht auf eine solche Person habe angewendet wissen wollen. (Seufferts Archiv Bd. II. nr. 354.)

§ 218.

d) Testamente der Geistlichen.

Nach den bayerischen Verordnungen vom 13. und 17. November 1803, 7. Mai 1804 und 9. März 1807 sind die Geistlichen rücksichtlich der Erwerbs- und Vererbungsfreiheit allen Staatsbürgern gleichgestellt, und können daher ohne Unterschied über Patrimonial- und Beneficial-Vermögen verfügen. Die gegen diese Freiheit eingeführte Quarta pauperum et scholarum, d. h. Abzug des vierten Theiles von allen frommen Stiftungen, Schenkungen und Vermächtnissen für Armen- und Schulzwecke wurde durch den Landtagsabschied vom 15. April 1840 lit. B. (Gesetzblatt S. 21) aufgehoben.

Der katholischen Geistlichkeit im ehemaligen Kurfürstenthume Mainz, wovon das Fürstenthum Aschaffenburg einen Bestandttheil bildete, war von jeher gestattet, ohne Zuziehung von Zeugen rechtsgültig zu testiren. Dieses Privilegium der Geistlichen beruht auf einer weit über Menschengedenken hinausreichenden, fortwährend geübten Observanz, und mag seine Entstehung der Absicht verdanken, den Nachlaß der Cleriker gegen das Spolienrecht der Bischöfe und Domkapitel in Schutz zu nehmen, welche vermöge päbstlicher Indulte die Verlassenschaft eines ab intestato verstorbenen Geistlichen einzogen [1]). (J. H. Böhmer, de successione in bona clericorum, cap. II. § 11.)

Erst mit Einführung des französischen Civilgesetzbuches im Fürstenthume Aschaffenburg hörten daselbst diese privilegirten Testamente der Geistlichen auf, wurden jedoch im Jahre 1814 wieder eingeführt, als durch

---

[1]) Diese succesio canonica ab intestato bestand darin, daß bei Geistlichen, welche ohne Testament verstarben, observanzgemäß nach Abzug der Leichenkosten, der Schulden und des elterlichen Vermögens den Rest die Erben, die Armen und die Kirche in gleiche Theile zu theilen hatten. Es galt dieses nur für Geistliche der wirklichen Seelsorge, also für die Pfarrer (welche beneficia etiam curata hatten), diese Observanz wurde aber für Bayern durch Verordnung vom 16. März 1818 (Allgem. Intelligenzblatt 1818 S. 321) aufgehoben.

die Verordnung des Gouvernements des vormaligen Großherzogthums Frankfurt vom 16. Januar 1814 (Frankfurter Regierungsblatt Bd. III. Bl. 19) die fremde Gesetzgebung abgeschafft, und die ehemaligen, vor Einführung des Code Napoleon in jedem einzelnen Landestheile in Gültigkeit und Gebrauch gewesenen eigenen älteren Rechte, Verordnungen, Vorschriften, Gewohnheiten, Verfahrungsnormen wieder ihre vorige verbindende Kraft und Gültigkeit erhielten [1]).

Als das Fürstenthum Aschaffenburg an die Krone Bayern fiel, legte das damalige Kreisgericht zu Aschaffenburg in einem Berichte vom 21. Februar 1815 unter Anderem auch dieses frühere observanzmäßige, und neuerdings durch obige Verordnung wieder ins Leben gerufene Verfahren der Geistlichen bei Errichtung ihrer Testamente dem k. Staatsministerium der Justiz vor, und es wurde durch Rescript des letzteren vom 10. März 1815 verfügt: „daß es zur Zeit, und bis auf weiteres allgemeines Normativ bei der bisherigen Testirungsweise und succesio ab intestato der Geistlichkeit sein Bewenden haben soll."

Nach diesem Rescripte kann daher kein Zweifel darüber bestehen, daß die Geistlichen im Fürstenthume Aschaffenburg bei Errichtung ihrer Testamente an die in den bürgerlichen Gesetzen vorgeschriebene Zuziehung von Zeugen nicht gebunden sind, und es ist auch seit dieser Zeit fortan so gehalten worden. (Erk. d. A. G. vom 17. April 1847, Nr. 273.)

Ob übrigens diese privilegirten Testamente der Geistlichen von dem Testator eigenhändig geschrieben sein müssen, oder ob auch die Schrift eines Andern hinreicht, ist dadurch nicht entschieden, allein die Praxis hat bisher den Grundsatz beobachtet, daß ein solches Testament gleichwie jenes der Eltern unter den Kindern von dem Testator eigenhändig geschrieben sein soll, und daß daher alle Geistlichen, welche am Schreiben verhindert sind, vorsichtig handeln, wenn sie bei Errichtung ihres Testamentes sich der gewöhnlichen Testamentsform bedienen, um so mehr, als das römische Recht ein solches Privilegium der Geistlichen nicht kennt.

§ 219.

c) Testament eines Blinden.

Wer seines Gesichtes beraubt ist, mag dieses in Folge einer Krankheit oder Verletzung geschehen sein, oder mag er blind geboren sein, soll nach Tit. VIII. § 5 des M. L. R. entweder gerichtlich testiren, oder anstatt der sonst nöthigen drei Zeugen fünf Zeugen beiziehen.

---

[1]) Was die Eigenthums-, Erb- und Testirfähigkeit der Exreligiosen im Fürstenthume Aschaffenburg betrifft, so bestand die Uebung, daß dieselben jedesmal bei dem römischen Hofe um die Testirfähigkeit nachsuchten, und diese Gesuche von den geistlichen Behörden dorthin eingesendet wurden. Uebrigens hatten auch letztere die Befugniß, in dringenden Fällen diese Licenz zu ertheilen, womit zugleich die Erb- und Eigenthumsfähigkeit verbunden war. Die bayerische Verordnung vom 13. November 1803 (Regsbl. S. 564) wurde im Fürstenthum Aschaffenburg nicht publicirt, übrigens wurde für Bayern die fragliche Erwerbs- und Dispositionsfähigkeit für Exreligiose allenthalben anerkannt (Regs.-Entschl. vom 28. Mai 1819, Nr. 22185). Dieses galt auch im Churstaate Mainz, weil nur das gemeinschaftliche klösterliche Leben als der Grund des Gelübdes der Armuth betrachtet, und mit dem Aufhören des ersteren auch der Wegfall des letzteren angenommen wurde. Die Exreligiosen wurden sofort den Weltgeistlichen gleichgeachtet.

Gleich wie nach gemeinem Rechte l. 8 Cod. (6. 22) und Notariatsordnung von 1512 § 32 eine Vermehrung der Zeugen von 7 auf 8, oder die Zuziehung eines Notares zur Niederschreibung des Testamentes nebst den gewöhnlichen 7 Zeugen erfordert wird, hat auch das M. L. R. in der angegebenen Stelle die zum gewöhnlichen mündlichen Testamente nach Tit. VIII. § 4 Abs. 2 erforderlichen vier Zeugen um einen vermehrt.

Zum Codicille eines Blinden werden dieselben Feierlichkeiten erfordert, wie zu dessen Testament (l. 8 C. cit.) Es liegt übrigens in der Willkühr der Blinden, ob sie ihren letzten Willen vor den Zeugen erklären und in deren Gegenwart wollen niederschreiben lassen, oder ob sie denselben von wem immer vorher wollen verfassen, und dann diese Schrift nach erfolgter Zusammenberufung sämmtlicher Zeugen und des Notars wollen vorlesen, und nach Anerkennung und Bestätigung des Inhaltes von den Zeugen wollen unterschreiben lassen.

§ 220.

f) Sonstige privilegirte Testamente.

Weitere privilegirte Testamente — bei welchen von den allgemeinen Regeln Ausnahmen eintreten, die sich größtentheils auf Vermehrung, Verminderung und Veränderung der Förmlichkeiten beziehen — hat das M. L. R. nicht erwähnt, es gelten daher rücksichtlich der Testamente der Soldaten, der Bauern auf dem Lande, der Verfügungen zum Besten milder Stiftungen, und der Testamente bei ansteckender Krankheit wegen der subsidiären Gültigkeit des gemeinen Rechtes auch die Regeln des letzteren, welche immer nur soweit von den allgemeinen Grundsätzen abweichen, als es in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt ist.

In Ansehung dieser privilegirten Testamente hat die Praxis es überhaupt als allgemeinen Grundsatz angenommen, daß nicht alle gesetzlichen Feierlichkeiten, besonders aber nicht die volle Anzahl der Zeugen zu erfordern sei, wenn ein Nothfall es unmöglich mache, alle gesetzlichen Erfordernisse zu beobachten. Es bleibt dieses aber auf jene Arten von Testamenten zu beschränken, welche die Gesetze namentlich gebilliget haben.

Ueber diese oben erwähnten privilegirten Testamente vergl. Seufferts P. R. § 527—530.

Bezüglich der Verfügungen zum Besten der geistlichen Stiftungen, wovon nach Tit. XVI. § 6 des M. L. R. die Armen und Waisen-Häuser ausgenommen sind, verdient hier Erwähnung die kurmainzer Verordnung vom 5. April 1737, „daß keine unbewegliche bürgerliche Güter an Fremde, Befreite und geistliche Corpora kommen sollen, und wie es bei denen, so in einen geistlichen Ordensstand treten, wegen des Einbringens zu halten.“

Diese Verordnung des Kurfürsten Philipp Karl wurde mit der amtlichen Ausgabe des M. L. R. von 1755 fol. 149—151 neuerdings publicirt, und ist deßhalb als ein Bestandtheil desselben anzusehen. Diese Verordnung ist indeß für Bayern ebenso wie das bayrische Amortisations-Edikt vom 13. Oktober 1764 durch § 9 nr. 4 Tit IV. der Verfassungsurkunde und die zweite Verfassungsbeilage aufgehoben, indem hierdurch allen Religionstheilen, ohne Ausnahme, das Eigenthum der Stiftungen

und der Genuß ihrer Renten nach den ursprünglichen Stiftungsurkunden und dem rechtmäßigen Besitze, sie seien für den Cultus, den Unterricht oder die Wohlthätigkeit bestimmt, vollständig gesichert wurde. [1]).

---

[1]) Im Eingange dieser Verordnung von 1737 wird an die früheren Bestimmungen erinnert, wodurch die Verfügungen zu Gunsten der geistlichen Corporationen und die Veräußerungen an die todte Hand (ad manus mortuas) verhütet werden sollten, und werden diese Anordnungen sowohl im Interesse des Privatwohlstandes als zur Erhaltung der Steuerkraft des Landes aufs Neue eingeschärft. — Die Einleitung fährt sodann fort:

„Allermassen Uns dann aus Erz-Bischöflicher und Landesfürstlicher Obsorg billig Einsehen zu thun, und solche Beschwerde abzuschaffen, allerdings oblieget und zukommet, Wir Uns auch hiebei gnädigst erinnern, daß wenn solchem Unwesen länger zugesehen würde, hiedurch sowohl die gemeine Wohlfahrt Unserer Unterthanen und Landen auch Gleichheit des gemeinen Wesens, dessen Verfassung und Anständigkeit merklich leiden, und in großen Verfall, zur allerseitig selbst eigenen Empfindung, mehreres gerathen, demnächst durch dergleichen Captationes und ungemessene Bewerbungen großer Erbschaften, Güter, Baarschaften und Abmehrungen, die Aufnahme deren Personen in Klöster, oder sonstigen Religiosen und Ordensständen fast mehr von solchen Absichten des Temporalis, als der Beschaffenheit des wahren Berufs abhangen, daß hiedurch die Unbemittelte, obgleich vor Anderen so würdigen Subjekte, gegen die canonischen Satzungen, wider die wahren Maßregeln der Fundation und gemeine Billigkeit, fast mit Unrecht von solcher Aufnahme abgestoßen sind, oder sich wenigstens hiezu geringe Hoffnungen zu machen haben, folgbar damit deren ersteren Stifter gottselige Intention und Endzweck nicht alsowohl erreichet und erfüllt werden möge, daß obschon die canonische Satzungen und deren ernsthafte Abwarnungen hierin ein ganz Anderes anweisen, und die Bedingnussen, Pakten und all dasjenige, so pro admissione ad Habitum, aut Professionem religiosam gegeben wird, als ein ad crimen Simoniae eingehendes Unwesen bekanntlich verbieten und ansehen, gegen diese heilsamen Verordnungen gleichwolen nicht nur bis dahero, zu gemeiner Aergernuß ganz ohngescheuet losgebrochen, sondern auch solche durch Ergreifung anderer Abweeg, und Mißbrauchs deren letzten Willens-Dispositionen, legatorum aut testamentorum eludiret werden wollen, daß, nachdeme forthin auf derlei Art und Weiß die Erweg- und Ermessung des heiligen Berufes fast in solchen Dingen, wiewohlen zum öfteren mit betrübtem Erfolg und leidigen Exempeln, aus Eigennuß gegründet, hiebei dann vielen rechtschaffenen Kindern, weilen sie unbemittelt sind, der Endzweck ihres zu erreichenden Seelenheils allerdings gesperrt, und dagegen nur die Reichen und Großbemittelten, oft noch so schlechte und übelberufene Subjekte in Klöster gesteckt, und eingelockt werden, alsdann solche admissi vor ihrer Profession nichts eins liberam testandi facultatem mehr vor sich finden, daß vielmehr dieselben aus Furcht und per impressionem, einsmal in denen Klöstern übel angesehen zu werden, als aus freiem Willen, der Ursachen und Absichten halber, warum sie eingenommen werden, den Erfolg erweisen, und dahin all das Ihrige oder doch einen großen Theil desselben zu verschaffen sich nothgedrungen und getrieben sehen; als haben Wir aus gerechter Einsicht auch der Uns zukommenden Macht und Gewalt für gut und nothwendig angesehen, zu Herstell- und Zurückbringung dessen, was das gemeine Weesen, auch wahre Besten deren Religionen und Ordens-Ständen nach dem Grundsatz zu eigener ihrer Conservation selbsten erfordert, nachfolgende Verordnungen in Unseren Erzstiftischen Ländern ergehen zu lassen, und zwar:

§ 1. So viel die Veräußerung der in Unserem Erzstiftischen Territorio liegender bürgerlicher Güter an Fremde, Befreite, auch an geistliche Corpora und ad manus mortuas betrifft, so wollen Wir die von Unseren Lobseel. Herren Vorfahrern dieserhalben emanirte so vielfältig publicirte Verordnungen allerdings befolgt, und daraufhin ohnabbrüchig sub poena Confiscationis (die wir auf jeden solchen Fall hiemit extendiren und respective erneuern) gehalten wissen, wie Wir dann

§ 2 Nicht weniger hiemit wohlbedächtlich setzen, und verordnen, daß das Einbringen und völlige Abmehrung derjenigen Personen, so männlich als weiblichen Geschlechts, welche sowohl in Zukunft in Klöster, auch sonstigen Religiosen Stand, wie derselbe genennet werden möge, eintreten, als auch ingleichen Derenjenigen, so würklich in solchen Orden oder Religion eingetreten sind, und bei Publicirung gegenwärtiger Verordnung noch nicht zur wirklichen Profession gelanget, sich auf mehr nicht, als höchstens (und zwar nur bei denen Reichen und Großbemittelten) auf

Die Abmehrung einer in ein Kloster eintretenden Person kann sofort um so weniger als eine Intestaterbschaft des Klosters angesehen werden, als die besagte Verordnung in § 3 alles Einbringen in die Klöster „die Einbringung des dotis“ nennt, mithin dadurch die in § 2 auf eine gewisse Summe gesetzte Erbfähigkeit als eine Ausstattung des Professen auslegt; andernfalls müßte in der Verordnung selbst ein Widerspruch liegen, indem die verbotene Erbschaft eines Klosters unter der Form einer Ausstattung erlaubt würde. (Erk. des Stadtger. Mainz vom 24. August 1780, J. S. Lack gegen Lack, bestätigt durch Erk. des Rev.-G. vom 5. Juli 1782. — Vergl. § 180. 235 not.)

§ 221.

B. Vom Erben und Vermächtnißnehmer.

Ueber die persönliche Fähigkeit Etwas durch einen letzten Willen zu erwerben oder zu empfangen, sei es eine Erbschaft (unter einem Universaltitel) oder ein Vermächtniß (unter einem singulären Titel) (§ 186), enthält das M. L. R. keine Bestimmungen, es müssen diese also aus dem gemeinen Rechte entnommen werden. Hiebei ist zu bemerken, daß derjenige, welcher zu empfangen oder begünstigt zu werden fähig ist, nicht

---

eintausend Gulden Rheinisch, an Geld oder Geldeswerth, sodann für die Kleidung, andere Kosten, Ausstattung, Einkleidungs und Professions-Tractamente, überhaupt auf höchstens fünfhundert Gulden erstrecken, noch deßfalls ein Mehreres von denen Ingressis Ordinem seu Religionem entweder selbsten, oder deren Eltern und Vormundschaft, und zwar bei Straf der Confiscation des ganzen eingebrachten und einzubringenden Quanti erfordert, bedungen, oder auf einige Weiß abgenommen, noch auch von denen Ingressis ein Weiteres, sive per testamentum, sive per donationem, seu actum inter vivos, aut quocunque alio titulo seu praetextu, dahin verschaffet, forthin sowenig directe als indirecte zugewendet oder sonst ab intestato hinterlassen werden möge, also und dergestalt, daß, sofern ein solcher Novitz oder Ingressa, denen wir zwar ihre liberam facultatem testandi im Uebrigen zu benehmen nicht gemeint sind, diesem entgegen ein Anderes per testamentum aut alio quocunque modo verordnen, oder gar derselbe oder dieselbe in fraudem dieser Unserer Erzbischöflichen Ordination dero Vermögen ab intestato dahin, ohne einige Disposition, und also mit Unterlassung derselben, kommen lassen wollten, solches nichts desto weniger pro non scripto et irrito, sondern der casus pro regulato et proviso, nach obigem Maßstab geachtet, folglich dasjenige, so vermeldetes Quantum von 1500 fl. übersteigt, nach erfolgter Profession sogleich ohne weitere Nachsicht und Abwartung, denen haeredibus proximioribus ab intestato bis auf den vierten Grad inclusive verabfolgt, so aber keine solche haeredes bis auf den vierten Grad vorhanden wären, selbiger gesammter Verlaß alsdann Unserem Aerario anheim fallen solle; Und obwohl Wir

§ 3 die Einbringung des dotis und sämmtlicher Ausstattung höchstens auf vorstehendes Quantum von 1500 fl. nur bei den Großbemittelten zur einstweiligen Steuerung des allzuweit einreißenden Uebels, restringiret wissen wollen, Wir uns jedennoch zu Unseren Ordens-Ständen ohne Ausnahme, welche sie sein mögen, gnädigst versehen, auch dieselben hiemit Erzbischöflich ermahnen und erinnern, daß sie sowohl bei denen nicht also Bemittelten, oder etwa sonst vorhandener vieler Kinder Last, sich mit einer leidentlichen Ausstattung begnügen, als anbei denen Unvermögenden und Armen gleich jenen, und zwar denen Erzstiftl. eingeborenen Landeskindern vor anderen Fremden und Auswärtigen die Bewirkung dero heiligen Berufs, in Verfolg der selbstigen Richtschnur des Ersteren Instituti und Puritält der Vocation, ohne Absicht auf dergleichen Temporale und Abgaben, widerfahren lassen sollen, damit Wir nicht veranlaßt werden möchten, auf Befinden Unser Erzbischöfliches Amt hierin weiter ergehen zu lassen.

Urkundlich ꝛc. ꝛc.

So geschehen Maynz den 5. April 1737.“

immer auch geben oder schenken kann, daß also die erstere Fähigkeit (testamenti factio passiva) weiter greift, als die bereits berührte testamenti factio activa.

So können Kinder, Wahnsinnige, Nachgeborene ꝛc. vermöge eines Testamentes etwas erwerben, während sie selbst kein Testament errichten können.

Nach Partikulargesetzen, z. B. dem französischen Rechte (art. 49 der Ordonnanz von 1735), ist es genügend, wenn die Fähigkeit durch Testament begünstigt zu werden, zur Zeit des Absterbens des Testators vorhanden ist, während gemeinrechtlich bei fremden Erben auf drei Zeitpunkte Rücksicht zu nehmen ist, auf den der Testamentserrichtung, damit die Erbeinsetzung von Bestand sei, und auf den des Todes des Testators, damit sie Wirkung habe. Um so mehr muß beim Erbantritt diese Fähigkeit vorhanden sein, mag der Erbe bedingt oder unbedingt eingesetzt sein. Eine Rechtsveränderung in der Zeit, welche zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Testators oder einer eintretenden Bedingung der Erbeinsetzung liegt, schadet dem Erben nicht, weil nur auf jene drei Zeitpunkte gesehen wird. (§ 4 J. [2. 19] de haeredum qualitate et differentia.)

In der Regel sind Alle Personen erbfähig, selbst ungewisse Personen, soferne sie sich ermitteln lassen (§ 25—27 J. [2. 20] Gajus II. § 238—241. — Vergl. § 223 nr. 1), und erlaubte Gemeinheiten, soweit dieses nicht durch das im vorigen Paragraphen angeführte Amortisationsgesetz vom 5. April 1737 verboten ist. Absolut erbunfähig sind nach den Gesetzen

a) Alle vom Staate verbotenen Gesellschaften und Gemeinheiten (l. 73 § 1. l. 117 D. [30]. — l. 20 D. [34. 5]. l. u. § 1 D. [38. 3]. — l. 1 C. [1. 2]. — l. 8. 12 C. [6. 24]), weil ihnen die Persönlichkeit fehlt, folglich überhaupt auch von einer Erwerbsfähigkeit derselben keine Rede sein kann.

b) Die bürgerlich Todten. (l. 13 pr. D. [37. 1] l. 3 pr. § 1 D. [34. 8] l. 1 C. [6. 24].) Nach Art. 32 des bayr. Strafgesetzbuches verliert der zur Todes- und Zuchthausstrafe Verurtheilte mit dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheiles das Recht, sein Vermögen zu verwalten, und unter Lebenden darüber zu verfügen. Die Strafe des bürgerlichen Todes ist hiernach aufgehoben, kann folglich auch auf unser Statut nicht mehr angewendet werden.

Relativ, d. h. nur in Rücksicht auf gewisse Erbschaften sind erwerbsunfähig:

1) Testamentszeugen. (Vergl. § 188 d.)

2) Die zweiten Ehegatten insoferne, als sie vom Erblasser auf nicht mehr eingesetzt werden dürfen, als dasjenige Kind der Vorehe bekömmt, welches nach seinem Willen das Wenigste erhalten soll. (Vergl. § 201.)

3) Unzulässig und ungültig ist die Einsetzung eines unehlich erst zu erzeugenden, ferner eines solchen Kindes, welches der Testator mit einer Frau erzeugen würde, die er nicht heirathen kann, oder die schon verheirathet ist. (§ 28 J. [2. 20]. l. 9 § 1. 3. 4 D. [28. 2].)

4) Außerehliche Kinder und deren Mutter kann der Vater, wenn er selbst ehliche Nachkommen hat, nur auf den zwölften Theil seines

Nachlasses, und wenn er Ascendenten hat, auf so viel, als nach Abzug des Pflichttheiles der Ascendenten übrig bleibt, und wenn er auch keine pflichttheilsberechtigte Ascendenten hat, auf den ganzen Nachlaß zu Erben einsetzen (l. 2 C. [5. 27] Nov. 89 cap. 12.). Insoferne diese Kinder nicht eingesetzt werden können, kann man auch von ihrer Erbunfähigkeit sprechen.

5) Einem Klostergeistlichen kann gemäß Tit. XVI. § 6 nur unter der Bedingung etwas vermacht werden, daß er wieder in den weltlichen Stand zurücktritt. (Erk. des Rev.-G. vom 24. März 1787, J. S. Weiland gegen Steinbach.)

Um Intestaterbe sein zu können, es sei nun, daß gar kein Testament vorhanden war, oder daß das vorhandene nichtig geworden ist, muß die Erbfähigkeit zur Zeit des Todes des Erblassers, und, Notherben ausgenommen, auch von da an ununterbrochen bis zum Erwerb der Erbschaft vorhanden sein. (§ 4 J. [2. 19] l. 1 § 4 D. [38. 17] l. 49 § 1 D. [28. 5]). Um aus einem Testamente erben zu können, ist es nöthig, die Erbfähigkeit sowohl zur Zeit der Testamentserrichtnng als zur Zeit der Delation zu besitzen. Bei bedingten Erbeinsetzungen entscheidet nicht die Todeszeit des Erblassers, sondern der Augenblick des Eintritts der Bedingung. (l. 49 § 1 D. [28. 5] § 4 J. [2. 19] l. 59 § 4 D. [28. 5] l. 62 pr. D. [28. 5].)

Als eigentlicher Erbe ist aber nicht jeder zu betrachten, welcher aus der letztwilligen Verfügung einen Vortheil zieht, oder Rechte und Verbindlichkeiten übernimmt, vielmehr nur jener, um dessentwillen der Erblasser eine Verfügung getroffen hat, nicht jener, welchem die Verfügung mittelbar zu gut kommt.

§ 222.

C. **Von der Erbeinsetzung.**

a) **Allgemeine Grundsätze.**

Sind mehrere Personen in derselben Verfügung auf dieselbe Sache berufen, so erhalten sie dieselbe gemeinschaftlich, jedoch schließen die berufenen Kinder deren ebenfalls berufene Kinder (die Kindeskinder) aus. Ueber Erbeinsetzungen in verschiedenen Verfügungen vergl. § 273.

Ist der Eine auf das Ganze, und der Andere später auf einen Theil desselben berufen, so erhält der Letztere seinen Antheil, der Erstere den Rest. (l. 23 pr. C. [6. 37].)

Bedenkt jemand „seine nächsten Verwandten,“ so schließen die näheren nach der Reihenfolge der Intestaterben die Entfernteren aus.

Geschieht dieses von Ehegatten rücksichtlich „ihrer beiderseitigen nächsten Verwandten“ ohne besondere Ausscheidung der Erbtheile, so ist anzunehmen, daß das nachgelassene Vermögen in seinen zwei Haupttheilen den Verwandten des Ehemannes einerseits, und den Verwandten der Frau anderseits zufallen soll. (§ 203. nr. 4. 5. § 223. nr. 3.) Das Gegentheil, nämlich eine gleichheitliche Vertheilung nach Köpfen unter sämmtliche beiderseitige Verwandte könnte nur dann angenom-

men werden, wenn die Erblasser alle beiderseitigen Verwandten entweder namentlich aufgeführt, oder durch einen Beisatz zu erkennen gegeben haben, daß sie alle einander gleichstellen, und dem einen so viel als dem andern, ohne Unterschied, ob sie zu den männlichen oder weiblichen Verwandten gehören, gegeben wissen wollen, z. B. durch den Beisatz „nach gleichen Theilen", oder „nach Kopftheilen", oder „so daß das Eine so viel bekommt, als das Andere" 2c.

Mit dieser Auffassung stimmt auch das gemeine Recht vollkommen überein. Der Fall nämlich, in welchem ein Testator mehrere Personen unter einer Collectivbezeichnung zusammengefaßt und auf diese Weise zusammenbedacht hat, wird so angesehen, als wären dieselben re et verbis conjuncti und dadurch gleichsam eine Person geworden, weßhalb sie zusammen einen Theil erhalten. Diese Einheit der Person mehrerer so verbundener Individuen ist in l. 34 pr. D. (30) mit den Worten ausgedrückt „sind Verbundene und Getrennte vermischt, so gelten die Verbundenen zusammen als eine Person." Daß aber die mehreren zu einer Person Vereinigten zusammen nur einen Theil erhalten sollen, ergibt sich aus l. 13 pr. D. (28. 5).

Läßt sich jedoch aus den gebrauchten Worten der Erbeinsetzung eine Vereinigung des Nachlasses beider Eheleute entnehmen [1]), so läßt sich für eine Beerbung nach Kopftheilen, also für die gegentheilige Ansicht, anführen, daß nach den Vorschriften des römischen Rechtes in der Regel die eingesetzten Erben zu gleichen Theilen succediren, wenn der Testirer die Erbtheile nicht bestimmt hat § 6 J. (2. 14) l. 9 § 12 D. (28. 5), und daß dieses nur dann eine Ausnahme leidet, wenn die Kinder einer benannten Person zusammen in dieser Eigenschaft zu Erben eingesetzt werden, indem diese dann zusammen nur eine Portion erhalten.

Der Beweis der Absicht des Testators ist unter den gegebenen Verhältnissen und im Zweifelsfalle jedesmal offen zu lassen, insbesondere bei der Auslegung des Testamentes eines Rechtsunkundigen l. 16 C. (6. 42), wobei jedoch die richterliche Erwägung der Umstände nicht ausgeschlossen werden kann. (A. G. E. vom 13. Mai 1865 Nr. 1088.)

Ist es übrigens nach den im Testamente gebrauchten Worten sogar zweifelhaft gelassen, ob das Vermögen der Gatten in gleichen Hälften auf die beiderseitigen Verwandten kommen soll, heißt es z. B. nur „unser Vermögen soll nach dem Tode des Längstlebenden an unsere nächsten Verwandten fallen," so ist mit Rücksicht auf die Bestimmungen des M. L. R. nicht anzunehmen, daß eine Ausnahme von der gewöhnlichen Intestaterbfolge gemacht werden wollte, wornach die Verwandten des Mannes und jene der Frau ja nur deren Zubringen und Errungenschaftsantheil erhalten.

---

[1]) Dieser Umstand läßt sich voraussetzen, wenn die Eheleute in ihrem Testamente z. B. den Ausdruck gebraucht haben, „der überlebende Gatte soll als Universal-Erbe gehalten sein, den gesammten Nachlaß den beiderseitigen Geschwistern, oder soferne das eine oder andere derselben vor dem längstlebenden Gatten versterben sollte, deren Kindern dergestalt zu hinterlassen, daß die beiderseitigen Geschwister diesen gesammten Nachlaß erben sollen." In Gemäßheit eines solchen Testamentes ist der überlebende Gatte Universalerbe des Verstorbenen geworden, es liegt also nach dessen Tod nur eine Erbschaft vor, an welcher die beiderseitigen Verwandten gleichmäßig participiren, soferne deren Erbtheile nicht bestimmt sind.

Im Uebrigen kann die Erbeinsetzung geschehen, auch ohne daß der Name „Erbe“ dabei genannt wird; es genügt nach Tit. IX. § 2 des M. L. R. die Bezeichnung „Verlassen, Vermachen, Haben, Uebergeben“, nur muß die Verschaffung eines Theiles des Nachlasses, nicht die Zuwendung einer bestimmten Sache, darunter begriffen sein. Anderseits genügt aber auch die Bezeichnung einer Person als Erbe nicht, um sie wirklich zum Erben zu machen. Wird nämlich der als Erbe Bezeichnete nicht wirklich in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eingesetzt, so daß er Dritteren gegenüber dessen Person zu repräsentiren hat, sondern er erhält nur Etwas aus dem Testamente — heres in re certa scriptus — (§ 186), so ist er nicht Erbe, sondern blos Legatar. Enthält daher das Testament Bestimmungen, wodurch der Benennung einer Person als Universalerben alle rechtliche Wirkung wieder entzogen wird, so ist dieses selbst einer Enterbung gleich zu achten. Werden z. B. die Kinder zu Erben eingesetzt, mit dem Beifügen, daß sie den Besitz des Nachlasses nicht erhalten, sondern daß dieser nach dem Tode des Testators für die Enkel vormundschaftlich verwaltet, vom Vormunde dereinst den Enkeln ausgeantwortet, und den Kindern nur der Nutzgenuß verbleiben soll, so repräsentiren die Kinder nicht den Testator, sie befinden sich nicht einmal in den Verhältnissen des Nutznießers, sondern stehen, obgleich Universalerben genannt, demjenigen gleich, welchem die Einkünfte einer Sache legirt sind. Selbst aber als Nutznießer könnten sie so wenig gemeinrechtlich als nach M. L. R. Tit. VIII. § 11. 12. als Erben betrachtet werden, sondern nur als Legatare, wie denn auch aus l. 13 C. (6. 24) hervorgeht, daß für den Erwerb ex titulo universali die blose Bezeichnung „Erbe“ noch nichts entscheidet, und daß, wenn der Testator den Einen auf den Nießbrauch, den Andern auf das Eigenthum eingesetzt hat, jener nur als heres in re singulari, sohin als Legatar, der letztere aber als Erbe zu betrachten ist, welcher vorläufig nur den Genuß der Erbschaft entbehrt. (O. A. G. E. vom 11. April 1851 Nr. 139⁵²/₅₃.)

Es sind also auch die Unterschiede des gemeinen Rechtes zwischen direkten Erben, Fideicommissar-Erben und Legataren im Wesen für das M. L. R. nicht aufgehoben.

Ist jemand auf eine einzelne Sache als Erbe eingesetzt, und sind neben demselben andere Erben zu einem idealen Theile des Ganzen berufen, so wird jener, wenn die letzteren nicht hinwegfallen, ungeachtet des Ausdruckes in allen Rücksichten als Legatar behandelt. (Thibaut § 820.)

§ 223.

b) Specielle Fragen über Erbeinsetzung.

An diese allgemeinen Regeln über die Erbeinsetzung lassen sich noch folgende specielle Fragen anreihen:

1) Nach dem neueren Justinianischen Rechte § 25—27 J. (2.20) l. u. C. (6. 48) können unbestimmte Personen als Erben eingesetzt werden, wenn nur so viel feststeht, daß die Person an und für sich gewiß ist, oder doch unter bestimmt angegebenen Voraussetzungen und Bedingungen noch gewiß werden kann, wenn auch der Testator sie nicht

individuell denken konnte. Daher ist z. B. die Einsetzung der künftigen Frau einer bestimmten Person gültig.

2) Sind mehrere Personen alternativ zu Erben eingesetzt, z. B. mit den Worten: dieser oder jener soll mein Erbe sein, dem A oder B gebe oder vermache ich ꝛc., so soll das Bindewort „oder" für „und" genommen, und die Erbeinsetzung der benannten Personen copulativ verstanden werden l. 4 C. (6. 38) m. a. W. es sollen, wenn Mehrere alternativ ohne nähere Bestimmung der Wahl honorirt worden sind, Alle als neben einander berufen gelten. (Sintenis Civ. R. Bd. 3 § 171 bei Anm. 6.)

3) Sind die Personen, welche gewisse Rechte erwerben sollten, nicht individuell nach ihrem Namen ꝛc., sondern nur nach bestimmten Eigenschaften vom Testator bestimmt worden, so können nur die Personen als Berechtigte behandelt werden, denen eine derartige Eigenschaft in jenem Zeitpunkte beiwohnt, wo die fraglichen Rechte erworben werden sollen. Der Zeitpunkt dagegen, in welchem solche Rechte eingeräumt worden sind, erscheint um so weniger entscheidend, als sonst die betreffenden Personen individuell und namentlich bezeichnet worden wären, und hätten bezeichnet werden können. Hiernach entscheidet, wenn in einem Testamente „die nächsten Verwandten" als direkte Erben eingesetzt sind, der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, bei einer fideicommissarischen Honorirung der dies cedens des Fideicommisses, über die Eigenschaft eines nächsten Verwandten. (O. A. G. E. in Darmstadt vom 18. Oktober 1861 in Seufferts Archiv XVII. Nr. 68.)

4) Ist die Erbeinsetzung nicht schlechthin, sondern unter einer aufschiebenden, möglichen und erlaubten Bedingung geschehen, so fällt die Erbschaft dem Erben nicht früher an, als bis die Bedingung (§ 292) eingetreten ist l. 5 § 2 D. (36. 2); eine auflösende, unmögliche oder unsittliche Bedingung gilt als nicht hinzugefügt. (§ 10 J. [2. 14].) Wird die Bedingung nicht erfüllt, so wird angenommen, daß gar keine Erbeinsetzung bestanden habe, im andern Falle aber wird der Anfall auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückbezogen. (§ 2 J. [2. 17].) Hat der eingesetzte Erbe einmal erklärt, daß er die Bedingung nicht erfüllen wolle, so geht ihm die Erbschaft für immer verloren.

Ist der Zweck (modus) bestimmt worden, wozu das Vermachte verwendet werden soll l. 17. § 4 D. (35. 1), (welcher auch eine Bedingung enthalten kann) l. 21. D. (23. 3), so wird zwar der Eingesetzte sogleich Erbe, es kann aber für die Erfüllung von ihm Caution verlangt werden. (l. 40 § 5 D. [35. 1].)

Anhang:

§ 224.

1) Schenkungen auf den Todesfall.

Schenkungen auf den Todesfall sind in Tit. VIII. § 20 des M. L. R. rücksichtlich ihrer Errichtung den Legaten und sonstigen Vermächtnissen gleichgestellt, sie erfordern wie diese die Unterschrift des Disponenten und dreier Zeugen. (A. G. E. vom 23. September 1865 Nr. 1513, und O. A. G. E. vom 6. Juni 1865 Nr. 762.)

Im älteren römischen Rechte war ihnen größtentheils dieselbe Wirkung wie den Legaten beigelegt, aber rücksichtlich ihrer Errichtung wurden sie als Verträge behandelt, und erforderten daher Acceptation und Insinuation [1]). Justinian aber verordnete in l. 4 C. (8. 57), sie sollten der Insinuation nicht mehr bedürfen, sondern mit Zuziehung von fünf Zeugen errichtet werden, die Wirkungen letztwilliger Verfügungen haben, und diesen gleich stehen [2]). Die Schenkung auf den Todesfall kann daher nur in dieser einen Form errichtet werden, nämlich in der Form eines Testamentes oder Codicills; wird sie förmlich acceptirt, so ist sie eine wahre Schenkung von Todeswegen, außerdem einem Legate ganz gleich. Fehlt aber die Codicillar-Form, so ist die ganze Schenkung wirkungslos, selbst wenn die Insinuation erfolgt sein sollte, und sie kann dann auch nicht als Fideicommiß aufrecht erhalten werden. Die Bestimmungen der l. 77 und 75 D. (XXXI.) stammen nämlich aus der Zeit, wo Fideicommisse noch an gar keine Formen gebunden waren.

Diese Auffassung liegt auch dem M. L. R. zu Grunde, da sie dem subsidiären gemeinen Rechte l. 4 C. (8. 57) und der Natur der Sache entspricht, indem jede Schenkung die Acceptation verlangt, während nur die Insinuation der Schenkung durch die Codicillar-Form ersetzt wird [3]). Ueber Schenkungen von Todeswegen in Eheverträgen vergl. § 5 und 7.

Mit den Legaten hat die Schenkung von Todeswegen gemein, daß der Beschenkte niemals eigentlicher Erbe wird, selbst wenn die Schenkung den ganzen Nachlaß umfassen sollte [4]), und daß die Wirkung selbst da,

---

[1]) Beträgt eine Schenkung über 500 Solidos in Geld oder Geldeswerth, so muß sie, um einen öffentlichen Beweis über Vorgang, Objekt und Größe der Schenkung zu erhalten, gerichtlich angezeigt werden. Eine causae cognitio des Richters ist dabei nicht erforderlich, die Anzeige kann daher auch bei einem andern als dem competenten Richter geschehen. Diese Anzeige (Insinuation) wird jetzt durch die Testaments- oder Codicillar-Form bei Schenkungen auf den Todesfall ersetzt.

[2]) Von der Schenkung unter Lebenden unterscheidet sich die donatio mortis causa nach l. 1. pr. D. (39. 5) dadurch, daß bei letzterer der Beschenkte nicht sogleich Eigenthümer wird, sondern daß er den Tod des Schenkers überleben muß, und das Versprechen bis dahin der Acceptation ungeachtet widerruflich bleibt. Sollte der Schenker das Geding der Unwiderruflichkeit hinzugefügt haben, so liegt nach l. 27 D. (39. 6) mehr eine Schenkung aus Veranlassung als auf den Fall des Todes, und daher eine Schenkung unter Lebenden vor. Eine solche für unwiderruflich erklärte sog. Schenkung von Todeswegen ist daher zwischen Ehegatten nichtig, und es findet auch dabei der Abzug der Quarta Falcidia nicht statt.

[3]) Die Annahme des Beschenkten kann jedoch auch schriftlich von demselben oder durch einen gehörig legitimirten Vertreter geschehen. Außerdem mag eine solche einem Abwesenden oder Unwissenden geschehene Zuwendung zwar nicht als eine Schenkung von Todeswegen, wohl aber als Legat oder Fideicommiß gelten. (l. 75. 77. § 26 D. [31].)

Da unter der Codicillar-Clausel auch verstanden zu werden pflegt, daß eine als Testament ungültige letztwillige Verfügung als Schenkung von Todeswegen aufrecht erhalten werden solle, so hat dieses doch keine Bedeutung, wenn die Annahme des Beschenkten fehlt. Wo daher die letztwillige Verfügung nicht kraft der Codicillar-Clausel als Legat oder Fideicommiß gültig ist, wird die Codicillar-Clausel auch zu sonst nichts helfen.

[4]) Bei Schenkungen des ganzen Vermögens findet für die Intestaterben der Abzug der Quarta Falcidia statt l. 5. C. [6. 50], weil die Schenkungen von Todeswegen den Vermächtnissen gleich geachtet werden. In der Frankf. Reform. IV. 13 § 4 ist dieses ausdrücklich verordnet. Selbstverständlich müssen die Schulden des Schenkers von seinem Nachlasse abgezogen, und dürfen die Pflichttheilsrechte dadurch nicht beeinträchtiget werden. Ist ein Vermögenstheil nicht verschenkt, so fällt er den Intestaterben zu. Das Anwachsungsrecht findet unter den Beschenkten, gleich wie bei den Collegataren statt. (l. u. § 14 C. [6. 51].)

wo schon bei Lebzeiten des Testators erfüllt wurde, erst mit dessen Tod eintritt, so daß sie bis zu diesem Zeitpunkte widerrufen werden kann.

Durch die Acceptation wird zwar eine solche Verfügung nicht unwiderruflich, erhält aber die von den Legaten abweichende Wirkung, daß sie als Schenkung gültig bleibt, wenn auch die Erbschaft nicht angetreten wird l. 25. 32 D. (39. 6), daß die Zuweisung jährlicher Renten nur als Eine Schenkung angesehen wird, was bei Legaten nicht der Fall ist l. 35 § 7 D. (39. 6), daß ferner der Widerruf der Legate nicht auch einen Widerruf [1]) der Schenkung von Todeswegen enthält, und der Beschenkte, welcher den letzten Willen als nichtig oder inofficios angreift, doch die Schenkung nicht verliert. (l. 5 § 17 D. [39. 9].)

§ 225.

2) Von den verschiedenen Testaments-Clauseln.

1) Die Bestimmung in einem Testamente, daß dessen Inhalt als Schenkung unter Lebenden gelten sollte, wenn die Verfügung nicht als Testament aufrecht erhalten werden kann, ist wirkungslos.

Es geht zwar aus einem solchen Beisatz hervor, daß der Testator seinen dereinstigen Nachlaß den im Testamente benannten Personen zuwenden wollte, und daß er diese Zuwendung, soferne sie wegen eines Formfehlers nicht als letztwillige Verfügung bestehen könnte, doch als Schenkung unter Lebenden betrachtet und aufrecht erhalten wissen wollte. Aber ebenso zweifellos ist es, daß diesem Wunsche nicht entsprochen werden kann, denn eine Verfügung auf den Todesfall, nach welcher erst nach dem Tode Rechte erworben werden sollen, kann nicht zugleich ein Vertrag unter Lebenden sein, wodurch der Eine dem Andern sofort ein unwiderrufliches Recht einräumt, wie dieses bei jeder Schenkung unter Lebenden der Fall ist. Die von dem Testator beabsichtigte Zuwendung kann, eben weil sie in einer letztwilligen Verfügung geschehen ist, nicht in der Absicht geschehen sein, sich damit unwiderruflich zu binden, und dem Honorirten schon bei seinem Leben sein Vermögen oder Theile davon zu überlassen.

---

[1]) Der Widerruf einer Schenkung von Todeswegen steht dem Schenker bis zu seinem Tode frei, gleichwie der Widerruf eines Legates; er kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Letzteres wird vermuthet:

1) Bei entstandener Todfeindschaft l. 3. § 11 D. (34. 4) l. 37. D. (39. 6), wenn keine Versöhnung mehr stattgefunden hat.

2) Wenn der Schenker die geschenkte Sache freiwillig und ohne Noth veräußert l. 31. § 5 D. (25. 1) l. 24. § 1 D. (34. 4), selbst wenn sie der Schenker später wegen Ungültigkeit der Veräußerung wieder zurückerhält.

3) Wird die Gefahr, welche der Schenker fürchtete, in deren Rücksicht er die Schenkung machte, beseitigt, so fällt auch die Schenkung hinweg. (§ 1 J. [2. 7] l. 19 D. [12. 1] l. 12 D. [12. 4] l. 35 § 3 D. [39. 6]). Selbst eine auf den Todesfall geschenkte, aber vorher übergebene Sache kann von dem Schenker zurückgefordert werden, es muß aber dann feststehen, daß es keine Schenkung unter Lebenden war. (l. 2. 22. 29. D. [39. 6]. — l. 30. 35. § 3 D. [39. 6]. — l. u. C. [8. 57].)

Der Unterschied zwischen einer Schenkung auf den Todesfall und einer Schenkung unter Lebenden ist auch in der weiteren Rücksicht wichtig, daß die letztere an die Form letztwilliger Verfügungen nicht gebunden ist, und den Intestaterben kein Recht auf die Quarta Falcidia gewährt.

Wollte aber eine solche Anordnung wegen der nachgewiesenen Absicht des Disponenten, daß er unwiderruflich sich für gebunden erachtete, als eine Schenkung unter Lebenden aufrecht erhalten werden, so fehlt dazu die Annahme des Beschenkten, also das wesentlichste Moment zur Gültigkeit eines Schenkungsvertrages, welche Acceptation aber, wenn sie erst nach dem Tode des Schenkers erfolgt, ganz wirkungslos ist. (Savigny, System Bd. 3 S. 151.)

Will daher jemand eine Schenkung in der fraglichen Weise machen, so muß dieses durch einen förmlichen Schenkungsvertrag unter Lebenden und mit der Bestimmung geschehen, daß dem Schenker die Benützung des Geschenkten bis zu seinem Tode vorbehalten bleibe. (Seufferts Archiv, Bd. 9 nr. 187.)

2) Die Clausula privatoria, d. h. die Bestimmung, wodurch der Testator die Anfechtung des Testamentes oder einzelne Anordnungen mit dem Verluste der im Testamente verschafften Erbschaft bedroht, ist wirksam, außer wenn der Testator etwas Gesetzwidriges oder Unerlaubtes im Testamente angeordnet hat, wogegen die Anfechtung gerichtet ist. Die Wirksamkeit tritt jedesmal ein, wenn der im Testamente Bedachte den Anordnungen des Erblassers entgegen handelt.

In diese Kategorie gehört aber die Führung resp. Unterlassung eines Prozesses über das Testament, welcher sich auf dessen Existenz, oder auf dunkle und zweideutige Stellen desselben bezieht, über deren Auslegung die Interessenten sich nicht vereinigen können, nicht. (O. A. G. E. vom 2. Juli 1850, Nr. 726 48/49.)

Ebensowenig gehört dahin die Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles [1]), oder die Anfechtung des Testamentes wegen ungerechter Enterbung [2]), weil im gegebenen Falle der Testator selbst die Gesetze verletzt hat; ebensowenig die Anfechtung der Richtigkeit der elterlichen Annotationen. Denn wenn die Kinder nachweisen, daß diese Aufzeichnungen auf Irrthum beruhen, so handeln sie keineswegs gegen das Testament, indem sie weder die Gültigkeit des Testamentes noch dessen eigentliche

---

[1]) Vergl. M. L. R. Tit. XIII. § 15. — Die Gesetze erklären sogar die ohne Vorbehalt geschehene Annahme des hinterlassenen Theiles des Pflichttheiles berechtigten als unschädlich in Ansehung des Nachforderungsrechtes, und wollen die Klagen auf Ergänzung des Pflichttheiles nur dann ausgeschlossen wissen, wenn der Pflichttheilsberechtigte ausdrücklich und namentlich (specialiter) auf das fehlende verzichtet hat. (l. 35 § 2 C. [3. 28]. — Glück, Com. Bd. 36 S. 37. — Franke, Recht der Notherben S. 327.)

In der Erklärung des Anerkenntnisses des Testamentes und des Verzichtes auf jedes Rechtsmittel dagegen ist ein die Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles ausschließender Verzicht nicht gegeben, weil bei dieser Klage der Kläger gar kein Recht hat, das Testament anzufechten, und sie auch nicht als ein Rechtsmittel gegen das Testament angesehen werden kann. — O. A. G. E. vom 5. Januar 1849, Nr. 998 46/47.)

[1]) Die für den Anfechtungsfall angedrohte Enterbung kann für die Notherben von keiner rechtlichen Wirkung und Bedeutung sein, da eine solche clausula privatoria eine, nach einer bereits unbedingt erfolgten Erbeinsetzung nicht weiter zulässige Enterbung enthält, welche, zumal unter der hinzugefügten Potestativ-Bedingung keine Gültigkeit hat (l. 17 § 2 D. [29. 1], l. 21 D. [28. 2], und deßhalb auf jene Erbeseinsetzung ganz einflußlos ist. (Seufferts Archiv, Bd. 11 nr. 65.)

Notherben können überhaupt durch die Clausula nur auf den Pflichttheil gesetzt, resp. ihnen die Setzung auf den Pflichttheil angedroht werden, weil die Anfechtung des Testamentes kein gesetzlicher Enterbungsgrund ist.

Dispositionen bestreiten. Angenommen jedoch selbst, daß schon in der Bekämpfung des Zubringens der Frau in der annotirten Größe ein Zuwiderhandeln gegen das Testament gefunden werden könnte, müßte die Wirksamkeit der fraglichen Testaments-Clausel cediren, vorausgesetzt, daß die Kinder die Unrichtigkeit der väterlichen Aufzeichnung nachweisen; denn da nach Tit. I. § 2 und Tit. VIII. 10 des M. L. R. der Erblasser aus seiner Verlassenschaft seiner Wittwe mehr nicht, als einen Kindestheil zuwenden durfte, so würde der Frau Alles, was in der Annotation unrichtig als Kindstheil aufgeführt ist, gegen jene gesetzlichen Bestimmungen zugewendet werden.

Jedenfalls hätten die Kinder dann eine gerechte Ursache zur Anfechtung für sich, welche gleichfalls die Wirksamkeit der angeführten Clausel ausschließt. (Kreitmeier, Anmerk. zum Cod. Maxim. Thl. III. cap. 3 § 11 nr. 6.)

Da endlich auf keinen Fall dasjenige, was den Kindern durch die clausula privatoria entzogen würde, der miterbenden Stief-Mutter zufallen könnte (M. L. R. Tit. I. § 2), vielmehr ebendeßhalb nach Tit. VIII. § 10 u. 19, wenn ein weiterer Substitut im Testamente nicht bestimmt ist, das Uebrige eben wieder den Kindern als Intestaterben zufallen würde, so erscheint die fragliche Clausel in concreto auch illusorisch. (A. G. E. vom 1. Sept. 1846 Nr. 2942.)

Wird das Testament nur wegen Formfehlern angegriffen, so findet die Strafe nicht statt (l. 24 D. [34. 9]), weil die Clausel selbst dann gegen die Gesetze verstoßen würde, und vom Testator anzunehmen ist, er habe nur allein den nach Vorschrift der Gesetze eingerichteten letzten Willen beschützt wissen wollen. Wird aber das Testament als falsch und unbillig angefochten, und diese Anfechtung vom Richter nicht für begründet erachtet, so tritt gemeinrechtlich die Clausel in ihre Wirkung, und der Kläger verliert auch dasjenige, was er sonst vermöge des Testamentes erhalten haben würde, weil er des Erblassers letzten Willen grundlos völlig zerstören, und denselben gleichsam als einen Verstandeslosen darzustellen bemüht war [1]) (Stryk, usus mod. § 69. 70.) Dahin gehört auch, wenn fälschlich behauptet wurde, das Testament sei unterschoben, durch List, Zwang oder Betrug erpreßt worden. (l. 13 § 9 D. [49. 14]).

Das M. L. R. hat dieser Straf-Clausel nicht besonders gedacht, es muß daher um so mehr angenommen werden, daß es deßhalb im Allgemeinen auf das gemeine Recht verweisen wollte, als verwandte Statute ihrer ausführlich gedenken, z. B. die Frankf. Reform. Thl. IV. Tit. I. § 14 und Tit. VI. § 24 bezüglich der Legatare.

Dagegen hat doch das M. L. R. rücksichtlich der **Kinder** und **Eltern** in Tit. XIII. § 15 bestimmt, daß diese Personen durch Anfechtung des Testamentes wegen Nichtigkeit ihre Ansprüche auf den gebührenden Pflichttheil nicht verlieren können, selbst wenn sie mit der

---

[1]) Hat der Kläger die actio inofficiosi testamenti irrthümlich gestellt, während er zur Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles berechtigt gewesen wäre, so zieht dieses den Verlust des ihm im Testamente verschafften Legates nicht nach sich, ebensowenig als die Erhebung jener an sich nicht begründeten Klage die spätere Anstellung der Ergänzungsklage ausschließt. (Glück, Com. Bd. VII. S. 470. 471.)

Nichtigkeitsklage unterliegen. Kinder und Eltern können daher die Anfechtung ihrer Testamente in dieser Hinsicht wirksam durch die clausula privatoria nicht verbieten.

§ 226.

3) Auslegung und Vollstreckung der Testamente.

Die Auslegung eines letzten Willens an und für sich ist Gegenstand der richterlichen Beurtheilung [1]). Sind jedoch von den Interessenten Umstände oder Thatsachen vorgebracht, welche außer dem letzten Willen liegen, aber zur Erläuterung desselben dienen, oder die behauptete Absicht des Testators darzuthun vermögen, so können diese Gegenstand des Beweisverfahrens werden. (Seufferts Archiv, Bd. IV. nr. 163.)

Ueber Vollstreckung der Testamente vergl. § 298.

§ 227.

4) Gegenstand der Erbschaft.

Gegenstand der Erbschaft kann sein:

1) Das eigene Vermögen des Erblassers (Tit. VIII. § 1 des M. L. R., § 205 not.)

2) Fremdes Vermögen, und zwar an beiden kann entweder das Eigenthum oder die Nutznießung verschafft werden.

Was den Nießbrauch betrifft, so bestimmen die § 11. 12. 13 Tit. VIII. des M. L. R., daß derselbe, soferne ein Anderer zum Erben ernannt wurde, als ein Vermächtniß auf Lebensdauer zu betrachten ist, und das Eigenthum der Nießbrauchsobjekte an die Intestaterben fällt, soferne nicht ein anderer Erbe anstatt der Intestaterben ernannt ist. Der Erbe überträgt dieses Eigenthum an seine eigenen Erben, obgleich er den Tod des Nutznießers nicht erlebt hat. Die auf den Nießbrauchsobjekten haftenden Schulden hat der Erbe zu zahlen, er kann dieses jedoch aus dem Nachlaß thun, auf den Rest verbleibt dem Nießbraucher der Nutzgenuß.

Aus dem in Tit. VIII. § 11 gebrauchten Worte „Instituiren" geht jedoch hervor, daß nach dem Statut der vermachte Nießbrauch nicht als Vermächtniß, sondern auch als wirkliche Erbschaft hinterlassen werden kann, denn die Worte „Instituirte einer jemand in dem Nießbrauch aller seiner Güter" bilden mit dem Nachfolgenden „oder

---

[1]) Die Rechtsregel, daß bei letzten Willensverordnungen die Worte weniger von Belang sind, als bei anderen Dispositionen, und daß man bei ersteren weit mehr als bei sonstigen Willensakten eine von den Worten abweichende Willensmeinung befolgen müsse, ist insoferne richtig, als die Abweichung von den Worten, nicht wie bei Verträgen, durch die Rücksicht auf das Recht des anderen Paciscenten beschränkt ist, aber weiter ausgedehnt, ist sie unrichtig. Gerade bei letzten Willen ist der Grundsatz aufgestellt, daß bei der Unzweifelhaftigkeit der Worte keine weitere Frage nach dem Willen stattfinden soll (l. 25 § 1 D. [32], l. 69 pr. D. [32], und daß man nur dann von der Wortbedeutung abgehen darf, wenn es augenscheinlich ist, daß der Testator etwas Anderes im Sinne gehabt habe. Diese Regeln sind durchaus in der Natur der Sache begründet, und zur Entfernung der Willkühr absolut nothwendig.

legirte ihm derselbe nur" offenbar den Gegensatz zwischen Erbschaft und Legat oder Vermächtniß. Diese Auffassung stimmt auch mit dem gemeinen Rechte überein, wonach in dem Falle, in welchem jemand der Nießbrauch einer Sache mit der Bedingung vermacht worden ist, die Sache nach seinem Tode einem Dritteren zu restituiren, im Zweifel das mit einem Fideicommiß belastete Eigenthum, nicht der blose Nießbrauch daran vermacht erscheint, da der Nießbrauch ohnedieß mit dem Tode des Nutznießers erlöscht, und eine besondere deßfallsige letztwillige Verfügung überflüssig wäre. (Glück, Com. Bd. 9 S. 192.)

Ein solcher Fall ist vor allem mit Rücksicht auf die Intention des Erblassers gemäß l. 22 pr. D. (7. 8) bei gegenseitigen Testamenten der Eheleute vorauszusetzen, wenn der Fall des Tit. VIII. § 12 eintritt, in welchem bei Testamenten der Eheleute nur über den Nutzgenuß, über das Eigenthum aber gar keine Bestimmung getroffen, mithin auch nicht angeordnet ist, an wen das Eigenthum nach beendigtem Nutzgenuß übergehen soll. (Erk. des A. G. vom 29. Januar 1825, Nr. 2155. — O. A. G. E. vom 29. Oktober 1825 Nr. 915. — Erk. des Rev.=G. vom 28. Juni 1779, J. S. Brauberger gegen Preißer.)

Ist der Nießbrauch vermacht, aber dabei zugleich die Befugniß gegeben worden, die Sache veräußern zu dürfen, so kommt es darauf an, ob diese Erlaubniß ohne nähere Bestimmung, oder nur für den Fall der Noth gegeben ist. Im ersteren Falle ist das volle Eigenthum als unbedingt vermacht anzunehmen, in dem andern Falle aber nur der Nießbrauch unbedingt, das Eigenthum hingegen nur unter der Bedingung verschafft worden, wenn ein Nothfall erweislich eintritt. (Glück, Com. a. a. O.)

Zur blosen Legirung des Nießbrauchs ist die Einhaltung der in Tit. VIII. §§ 2. u. 7 vorgeschriebenen Testamentsformen nicht geboten, es ist vielmehr blos die Codicillar=Form nach Tit. VIII. § 21 nöthig. (A. G. E. vom 18. Juni 1849, Nr. 464.)

Ist nur die letztere eingehalten, so ist der verschaffte Nutzgenuß sicher nur ein Legat.

Sind die Kinder auf den Pflichttheil gesetzt worden, so darf diese Erbportion mit keinem Nutzgenuß, selbst nicht der Eltern belastet werden. (M. L. R. Tit. IX. § 11.) Sind jedoch die Kinder auf alle Güter zu Erben eingesetzt, so kann deren überlebendem Elterntheil der Nutzgenuß, selbst unabhängig von einer Wiederverehlichung, auf Lebensdauer gemäß Tit. XI. § 3 und Tit. VII. § 4 vermacht werden, und die Kinder haben dann blos das Recht, standesmäßigen Unterhalt und Aussteuer bei ihrer Versorgung zu fordern (vergl. jedoch § 215.)

Ueber die Pflicht der Sicherheitsleistung der Eltern für den Nutzgenuß vergl. § 175 nr. I. A.

Was die Verschaffung einer fremden Sache in einer letztwilligen Verfügung betrifft, so hat nach den Bestimmungen des subsidiär zur Anwendung kommenden gemeinen Rechtes der Erbe die Anordnungen des Testators zu erfüllen (§ 255), und kann in der Regel das Testament nicht theilweise anerkennen und theilweise bestreiten. Dieses ist von besonderer Bedeutung bei Anwendung auf die Güterrechte der Ehegatten nach unserem Statut, nach welchem sich die Dispositionsbefugniß jedes Gatten nicht über das demselben bei der Abtheilung gebührende Vermögen hinaus erstreckt, also auch nicht auf die ganze Errungenschaft.

Geschieht eine solche Verfügung aber dennoch, so ist ein legatum rei alienae in Frage, bezüglich dessen der gemeinrechtliche Grundsatz gilt, daß ein solches Legat ohne alle Rücksicht darauf, ob der Testator die legirte Sache blos irrig für die seinige gehalten, oder, daß sie eine fremde sei, wohl gewußt habe, in dem Falle zu Recht bestehen soll, wenn der Legatar mit dem Erblasser nahe verwandt ist. (l. 10 C. [6. 37.] — Seufferts, Pand. § 631 nr. 2.) Dieses ist nun bei Verhältnissen zwischen Eltern und Kindern der Fall, und es ist nach dem angeführten Gesetze anzunehmen, daß die Eltern, wenn sie auch ihres Irrthums bezüglich des Eigenthums der legirten Sache sich bewußt gewesen wären, das Vermächtniß dennoch angeordnet haben würden. Wird von den übrigen Kindern ein solches Legat angefochten, so kann dieses um so weniger mit Grund geschehen, als das Gesetz hierher bezüglich bestimmt, daß der beschwerte Erbe jedenfalls zur Entrichtung verbunden ist, wenn die legirte Sache ihm gehört. (l. 67 § 8 D. [31], l. 13 § 4 D. [23. 5.] — Arndts, Pand. § 569 nr. 2.)

Bleibt aber das Legat aufrecht, es mögen nun die vermachten Gegenstände zum Eheeinbringen des Testators gehören, oder einen Bestandtheil der ehlichen Errungenschaft gebildet haben, so hat es auf den Beweis darüber, daß die vermachten Gegenstände einen Errungenschaftstheil bilden, oder zum Einbringen des anderen Gatten gehören, nicht anzukommen. (O. A. G. E. vom 12. Dezember 1863, Nr. 171 63/64.)

Dasselbe gilt auch von nießbrauchlich legirten fremden, d. h. den Kindern gehörigen Gütern, solange die Kinder dadurch nicht im Pflichttheil verletzt sind, denn auch hiefür gilt der Satz, daß auch fremde Sachen, wenn sie sich der Erbe sogar erst verschaffen und erwerben muß, legirt werden können, um so mehr, wenn Güter des Testators genügend vorhanden sind, womit der etwa sonst geschmälerte Pflichttheil ergänzt werden kann. (§ 255.) — (Erk des Rev.-G. vom 16. September 1801, J. S. Zöller gegen Zöller.)

§ 228.

5) Vom Vergleiche über ein Testament.

Nach dem Rechtsgrundsatze, daß derjenige, welcher auf ein Recht verzichtet, dessen Umfang genau kennen muß, verordnet das M. L. R. in Tit. XXXI. § 5, daß zur Gültigkeit eines Vergleiches über ein Testament die Paciscenten nicht nur von dem Vorhandensein eines Testamentes Wissenschaft haben, sondern auch dessen Inhalt vollständig erfahren haben müssen.

Bevor also derjenige, welcher einen Vergleich über ein Testament schließt, das Testament gelesen, oder gekannt hat, ist der Vergleich nicht gültig. Diese alternativen Voraussetzungen bilden daher die Bedingung zur Rechtsbeständigkeit des Vergleiches, und daher einen nothwendigen Bestandtheil des Grundes der Klage oder Einrede; dieselben müssen daher von demjenigen, welcher sich auf einen solchen Vergleich beruft, zur Begründung desselben mit angeführt oder behauptet werden. Hat er dieses unterlassen, so ist die Erklärung des Streitgegners über das Dasein oder Nichtdasein eines solchen Erfordernisses als Streiteinlassung, nicht aber als Einrede aufzufassen, das in Tit. XXX. § 5 gebrauchte Wort

exception ist daher gleichbedeutend, mit Einwand, die Regeln des Prozeßrechtes sollten damit nicht verändert werden. (A. G. E. Nr. 2593 vom 29. Oktober 1864.)

Nur wer auf die aus einer solchen Unkenntniß des Testamentes begründete Einrede speciell Verzicht geleistet hat, soll nicht mehr damit gehört werden.

§ 229.

6) Beweislast: a) bei Bestreitung der Testamentsförmlichkeiten; b) bei stattgehabter Enterbung.

a) Nach dem allgemeinen prozessualen Grundsatze, daß der, welcher behauptet, beweisen muß, muß auch die Beobachtung der positiven Vorschriften bei Errichtung eines Testamentes, wenn sie vom Gegner bestritten wird, von jener Partei bewiesen werden, welche ihre Ansprüche auf die Gültigkeit resp. Formrichtigkeit des Testamentes gründen will. Diese Partei muß also beweisen: die Erbittung der Zeugen, deren gleichzeitige Anwesenheit, die Vorzeigung des schriftlichen Testamentes mit der Erklärung des Testators, daß diese Urkunde seinen letzten Willen enthalte, sowie die Unterzeichnung des Testamentes durch den Testator und die Zeugen, oder beim mündlichen Testament den Inhalt des vom Testator erklärten letzten Willens.

Geht aber die Beobachtung aller dieser Bestimmungen aus dem Testamente in specie der Testamentsurkunde selbst hervor, so bildet sie selbst den Maßstab für die richterliche Beurtheilung der beobachteten Förmlichkeiten, sohin auch des Inhaltes. Findet der Richter in ihr keine Formwidrigkeit, so muß er annehmen, daß das Rechtsgeschäft in formgültiger Weise seine Entstehung erhalten habe. (l. 12 C. [4. 19], l. 3 C. [6. 36]).

Behauptet aber der Kläger dennoch, daß die als fehlerfrei sich darstellende testamentarische Verfügung nicht formgemäß stattgefunden, so kann dieses zwar die Ueberweisung des Nachlasses an den Erben nicht hindern, allein die Einwände, daß es z. B. an der Aufforderung der Zeugen, an der Einheit der Handlung 2c. 2c. gefehlt habe, sind nach dem Principe der Einreden zu beurtheilen, hinsichtlich welcher der Beweis nicht den Kläger, sondern den Excipienten trifft. (O. A. G. E. vom 14. Januar 1845, Nr. 1084 40/41.)

b) Mag der Testator den Notherben ganz mit Stillschweigen übergangen, oder zwar enterbt, aber keine Ursache der Enterbung, oder eine ungesetzliche angegeben haben, so muß der eingesetzte Erbe dem Enterbten die Wahrheit der Enterbungsursache nachweisen; denn der Enterbte fordert seinen Pflichttheil oder sein Erbrecht, welche beide ihm vermöge des Gesetzes und vermöge seines Verhältnisses als Notherbe zustehen, und nur dieses Verhältniß muß er als Grundlage seiner Klage beweisen. Der Enterbungsgrund soll sein Recht zerstören, ist also Gegenstand der Einrede, und gehört mithin zur Beweislast des beklagten Erben. Die blose Behauptung der Wahrheit des Enterbungsgrundes Seitens des Testators im Testamente kann den eingesetzten Erben dieser Last nicht überheben.

Formulare von letztwilligen Verfügungen mit Verweisung auf die §§ der Abhandlung.

I. Formular eines schriftlichen einfachen Privattestamentes.

(I. Eingang.)

Heute den 24. Februar 1846 begaben sich der von dem hiesigen Bürger und Schreinermeister Aloys Schmitt ergangenen Einladung gemäß (§ 188 a) die unterschriebenen (männlichen) Zeugen (§ 188 a d) in die Wohnung des Genannten, um dessen letzte Willensmeinung zu errichten.

Die genannten Zeugen trafen den Aloys Schmitt zwar krank zu Bette liegend, aber, wie sie sich durch eine längere Unterredung mit demselben überzeugten, bei vollem Gebrauche seiner Geisteskräfte (§ 205. 2).

Nachdem Aloys Schmitt den Zeugen bestätigt hatte, daß er sie zum Zwecke einer Testamentserrichtung habe berufen lassen (§ 188 a b), erklärt derselbe, daß er nach reiflicher Ueberlegung, ohne allen Zwang und aus freiem Entschlusse (§ 188 a B) zu folgenden ernstgemeinten (§ 188 a A) Verfügungen über seinen dereinstigen Nachlaß sich bewogen finde.

(II. Dispositionen.)

1) Ich bin seit 30 Jahren mit Maria Ursula, gebornen Klüber, in kinderloser Ehe verheirathet, und habe auch keine pflichttheilsberechtigte Verwandte oder Notherben (§ 231—235). Meine Ehefrau besitzt dagegen aus ihrer ersten Ehe mit Johann N. folgende Kinder:

Franz N.,
Anna N., verehlicht an Kaspar N.

2) Zu meinem Haupterben ernenne ich meine Ehefrau, und es soll dieselbe über meinen Nachlaß dereinst nach Belieben und unbeschränkt schalten und walten können (§ 186), [oder nach deren Tod soll mein Vermögen (§ 216) an die nächsten Verwandten fallen (§ 203 nr. 4. 5, § 222, § 223 nr. 3.)]

3) Dieselbe soll jedoch gehalten sein:

a) meinem Taufpathen Michael N. nach meinem Tode 300 fl. auszuzahlen, und folgende Mobilien auszuliefern, nämlich meine goldene Taschenuhr und meinen Siegelring (§ 186).

Ich behalte mir jedoch vor, diese Legate bei meinen Lebzeiten noch selbst zu entrichten, wodurch die hier gemachte Verfügung erlöscht.

b) Unserer Dienstmagd Franziska N. vermache ich, falls sie bis zu meinem Tode noch in unserem Dienste steht, und sich bis dahin gut beträgt, 150 fl.

Dieses ist mein letzter Wille, um dessen Vollzug ich Franz Martin N. von Damm hiemit ersuche (298).

Sollten meine Erben oder meine Legatare mit dem ihnen Verschafften unzufrieden sein, und das Testament anfechten wollen, so sollen sie nichts erhalten (§ 225).

Deßgleichen bestimme ich, daß dieses Testament als Codicill aufrecht erhalten werden soll, falls es als Testament nicht bestehen könnte (200).

(III. Schluß.)

Diese Verhandlung wurde von Anfang an ununterbrochen vorgenommen, und zwar in Gegenwart unser, der fortwährend und gleichzeitig anwesenden Zeugen (§ 189), die wir die Erklärungen aus dem Munde des uns wohlbekannten Aloys Schmitt vernommen, und denselben dabei fortwährend gesehen und auch wohl verstanden haben (§188 a c).

Gegenwärtiger Aufsatz wurde von mir Franz N., als erbetenem Zeugen, niedergeschrieben, sodann in aller Zeugen Gegenwart dem Aloys Schmitt vorgelesen, von demselben als richtig bestätigt, sofort von Aloys Schmitt selbst, sowie von uns den Zeugen eigenhändig und in unserer gleichzeitigen Gegenwart unterzeichnet (§ 190).

Aloys Schmitt [1]).
Franz N.,
Joseph N., } Zeugen.
Michel N.,

II. Formular eines schriftlichen einfachen Privat-Testamentes.

Heute den .... wurden die unterschriebenen Zeugen in die Wohnung des ihnen wohlbekannten Aloys Schmitt berufen; nachdem letzterer erklärt hatte, daß er beabsichtige, seinen letzten Willen zu errichten, und uns dazu erbeten habe, zeigte er sofort einen schriftlichen Aufsatz vor mit der Eröffnung (§ 190), daß derselbe seinen letzten Willen enthalte, und daß er denselben selbst geschrieben habe (durch NN. habe schreiben lassen) (§ 190).

Hiebei ersuchte uns Aloys Schmitt dieses durch unsere Unterschrift zu beurkunden.

(Folgt der Schluß, wie bei Formular I.)

Anm. Wird der Testamentsaufsatz vom Testator verschlossen den Zeugen vorgezeigt, so ist dieses in vorstehender Urkunde zu bemerken, diese mit dem Testamente selbst in weiteren Verschluß zu bringen, der Umschlag vom Testator selbst sowie von den Zeugen mit ihren Siegeln zu verschließen und mit den Namensunterschriften zu versehen (§ 190).

III. Formular eines mündlichen in Schrift gebrachten Testamentes.

(Eingang und Disposition wie bei Formular I.)

Schluß.

Nachdem der Testator seinen letzten Willen den genannten Zeugen vollständig eröffnet hatte, wurde derselbe plötzlich besinnungslos, und verstarb, ehe dieser Aufsatz niedergeschrieben und unterzeichnet werden konnte. Wir die unterschriebenen Zeugen, die wir während des ganzen Aktes gleichzeitig und ununterbrochen zugegen waren, den Testator auch wohl

---

[1]) Falls der Testator nicht schreiben kann, ist von Anfang an ein vierter Zeuge beizuziehen.

verstanden hatten, haben daher dessen letzten Willen schriftlich in vorstehender Form abgefaßt, und verbürgen die Richtigkeit seines Inhaltes durch unsere eigenhändige Unterschrift (§ 191).

N. N. als Schreiber und Zeuge.
N. N.
N. N. } als Zeugen.

IV. Formular eines Codicilles.

Heute den .... verordne ich Aloys Schmitt, daß nach meinem Tode (mein unterm .... in meinem Testamente eingesetzter Erbe NN. (§ 197) mein Sohn Franz Karl 100 fl. erhalten soll. (§ 199. 261).

Ferner soll meiner Mutter Anna Maria Schmitt lebenslänglich eine Jahresrente von 100 fl. ausbezahlt werden.

Diese Verfügung habe ich eigenhändig geschrieben und unterschrieben, und von den weiter unterzeichneten drei Personen unterschreiben lassen.

Aloys Schmitt.
N. N.
N. N. } als Zeugen.
N. N.

V. Formular eines Testamentes der Eltern unter Kindern.

Amorbach den 6. Oktober 1852.

Ueber meinen dereinstigen Nachlaß bestimme ich Folgendes:

Meine drei Kinder Joseph, Karl und Anna sollen meine Erben sein (§ 207. 208).

Ihr Muttergut habe ich denselben bereits freiwillig bei ihrer Verheirathung ausgeliefert.

Was jedes derselben bereits aus meinem Vermögen erhalten hat, ist in meinen Annotationen enthalten, und muß zu meinem Nachlasse conferirt werden (§ 300—302).

Insbesondere ordne ich an, daß mein Sohn von seinen Studienkosten breitausend Gulden conferiren soll, denn um so viel hat er außer dem Hause mehr gekostet, als seine Geschwister.

Meine Tochter Anna soll, da sie sich gegen meinen Willen verheirathet hat, auf den Pflichttheil gesetzt sein (§ 207).

Diesen Willen habe ich eigenhändig ge- und unterschrieben.

Aloys Schmitt.

VI. Formular gemeinschaftlicher Testamente.

(Eingang und Schluß wie bei Formular I., jedoch unter Einfügung der Namen der mehreren Testatoren.)

Disposition.

Wir Aloys Schmitt und dessen Ehefrau Maria Ursula, geborne Klüber, stehen in kinderloser Ehe. Wer von uns den andern überlebt,

soll dessen ganzes Vermögen erben (§ 202 B). Nach unserem beiderseitigen Tode soll unser ganzer Nachlaß an die nächsten Verwandten des Letztverstorbenen fallen. (§ 245 — testamentum reciprocum).

Sollte aber Eines von uns sein Testament widerrufen, so soll auch die Verfügung des Andern dadurch von selbst null und nichtig werden. (§ 203 — testamentum correspectivum.)

VII. Formular eines Testamentes der Eheleute.

(Eingang und Schluß wie bei Formular I.

Disposition.

Meiner Ehefrau Ursula, gebornen Klüber, mit welcher ich in zweiter Ehe stehe, vermache ich einen Kindstheil (§ 210. 214).

Im Uebrigen sollen meine Kinder erster Ehe

Franz und Katharina,

sowie meine Kinder zweiter Ehe

Joseph und Klara

meine Erben sein.

Dabei vermache ich jedoch noch folgende Legate rc. rc.

Titulus IX.

Von deren Elteren und Kinder Pflicht-Theil.

§ 1.

Pflichttheil gebühret Kinderen und Elteren.

„Es mag zwar ein jedes mit dem Seinigen disponiren „wie es will, doch müssen die Elteren ihren Kinderen, des„gleichen auch die Kinder ihren Elteren wenigstens das Pflicht„theil hinterlassen."

§ 2.

Das Wort „Einsetzen" ꝛc. wird eigentlich nicht erfordert.

„Bediente sich aber einer eines General-Worts: als „Verlassen, Vermachen, Haben, Uebergeben ꝛc. ꝛc., so werden „diese Wort für hinlänglich geachtet."

§ 3.

Abgemährten Kinderen gebührt weiter nichts.

„Denen in geistlichen Stand getrettenen abgemährten, „oder abgefundenen Kindern, sie haben sich ihrer Elteren Erb„schaft aidlich verziehen, oder nicht, seind sie weiter nichts zu „verlassen schuldig."

§ 4.

Das Pflichttheil muß gelassen,

„Würde aber einem Kind oder denen Elteren das Pflicht„theil nicht überlassen, sondern die Elteren oder Kinder in „einem Testament schlechterdings ausgelassen, oder still„schweigend vorbeigegangen, so mag dasjenige Kind oder die „Elteren, welche also präteriret worden, das Testament um„stossen,"

und das daran Abgängige ergänzet werden.

„Wann aber selbigen das gebührende Pflichttheil nur „zum Theil und nicht ganz wäre verschafft worden, so kann „annoch begehrt werden, daß ihm oder ihnen solches ergänzet „werde."

§ 5.

Das bereits Empfangene

„Gäben die Eltern einem Kind sein ganzes Pflichttheil „aus allem ihrem Vermögen annoch bei ihrem Leben, und

leidet keinen Ab- noch Zuwachs.

„ihre Haabschaft würde nachgehends reicher oder geseegneter, „so hat dieses Kind wegen dem Pflichttheil nichts mehr solcher „Vermehrung halber zu suchen, hingegen aber auch, wan die „Erbschafft vermindert werden sollte, von denjenigen, so es „bereits empfangen, nichts herauszugeben."

§ 6.

Worin das Pflichttheil deren Kinder bestehe.

„Derer Kinder Pflichttheil ist anderst nichts, als des Testirers „oder Erblassers dritter Theil aus seiner Verlassenschaft, „wan nemblich deren Kinder nur vier oder weniger wären; „Seind ihrer aber mehr, so ist das Pflichttheil die Halbscheid „gedachter Verlassenschafft, und wird sodann hernach dieses „dritte Theil und resp. die Halbscheid unter die Erben in so „viel Theil zertheilet, so viel es ihrer seind, daß also wan „vier Kinder seind, eines Kinds-Theil in dem vierten Theil „des dritten Theils besteht, also ist auch, wan mehr als „vier Kinder vorhanden, die Halbscheid in so viel Theil zu „theilen, als Kinder seind."

§ 7.

Bei dessen Feststellung werden alle Kinder gezehlet.

„Bei Ausfindigmachung dieses Pflichttheils sollen die „Enterbte, Abgemährte, auch alle Ordens- und Kloster-„Geistliche, ohne einigen Unterschied, wie auch der Erbschaft „unfähige und unwürdige Kinder, ob sie gleich keinen Antheil, „oder partem für sich bekommen, doch in computatione „Legitimae, quo ad numerum Liberorum, mitgezehlet „werden."

§ 8.

Legitima kann in natura oder in Geld gegeben werden.

„Es ist auch nicht nothwendig, daß Legitima aus „allen Gütern und Effecten in natura herausgegeben werde, „sondern es ist genug, wan ein proportionirtes Stück Geld „dafür verschafft wird, welches auch der Richter bei einer „Theilung thuen kann, wan die Parteien in Taxirung der „Erbschafft einig würden; wan aber Pupillen oder Mino-„rennen mit interessirt seind, soll der Pupill oder Minorenn „seine Legitimam in natura bekommen, ließe sich aber die „Sach nicht wohl theilen, so soll sie öffentlich versteigert, „und von dem erlösten Geld ihm sein Theil gegeben werden."

§ 9.

Das elterliche Pflichttheil ist allezeit der dritte Theil.

„Das Pflichttheil deren Eltern, und in Ermanglung „derselben, derer Groß-Eltern, es mögen derenselben eines „oder mehrere in gleichem Grad sein in auffsteigender Linie, „solle je und allezeit aus der Verlassenschafft des verstorbenen „Kinds, Enkel und Urenkel den dritten Theil ausmachen, „und denen Elteren insgesammt ausgeworffen werden.

§ 10.

Universal-Erbeinsetzung ist nicht nöthig.

„Man erfordert auch nicht, daß die Kinder oder Elteren „zu Universal-Erben eingesetzt werden, sondern es ist genug, „wann sie in einem gewissen Stück nur bedacht werden, da„fern nur hierdurch an dem Pflichttheil keine Verkürzung „geschieht.“

§ 11.

Das Pflichttheil muß unbeschwehrt sein.

„Wann aber ein Vatter oder Mutter sämbtliche Kin„der, oder einem derselben den Pflichttheil nur allein ver„lasset, alsdann muß solches Pflichttheil ohne alle Beschwehrung „überlassen werden, und kann der Vatter oder Mutter nicht „einmahl dem andern Ehegatten, weder in Ehe-Pacten noch „Testamenten, den Nießbrauch darauf verschaffen; wäre aber „das Uebrige der Frau oder dem Mann Vermachte nebst ihrer „eigenthümlichen Habschafft nicht hinlänglich den Mann oder „die Frau, das ist: die rechte Vatter und Mutter zu unter„halten, so sind die Kinder ihm oder ihr standesmäßigen „Unterhalt zu schaffen, gehalten.

Kinder und Eltern müssen einander unterhalten.

§ 12.

Wie verschwenderischen Eltern gerichtliche Obacht zu bestellen.

„So lange die Elteren leben, sind sie ihren Kinder „keine Legitimam aus dem Ihrigen schuldig, führen sie aber „eine solche böse verschwenderische Haushaltung, daß nach „ihrem Todt die Kinder nichts übrig zu behalten billig be„sorgen könnten, so mag denen verschwenderischen Eltern als„dann und auf solchen Fall, nach richterlicher Erkanntnuß, ein „Curator gesetzt werden, welcher auf sie eine Obsicht habe, „und wann alsdann keine Besserung innerhalb Jahrs-Zeit „gespührt würde, so wäre demselben Curatori alsdann gar „alle Verwaltung, als wie über deren Minorennen Güter „von des Ortsgericht aufzutragen, wie wir dann unseren Ge„richten alles Ernstes befehlen, auf solche verschwenderische „Elteren eine bestthunliche Aufsicht zu nehmen.“

Vom Pflichttheil.

§ 230.

Ursprung und Begriff.

Notherbenrecht und Pflichttheil stehen mit einander in Wechselbeziehung. Der Umstand, daß das deutsche Recht eine testamentarische Erbfolge, also auch die Berechtigung gewisser Personen in Testamenten zu Erben eingesetzt zu werden, nicht kannte, deutet schon darauf hin, daß die Erörterung über den Pflichttheil sich mit einem ursprünglich römischen

Rechtsinstitute zu befassen hat, wiewohl die deutschen Rechtsbegriffe von der Intestaterbfolge wesentlich zu dessen Modifikation beigetragen haben. Insbesondere scheinen die neueren Partikulargesetze bestrebt, die Folgen des verletzten Notherbenrechtes zu vereinfachen, namentlich rücksichtlich Ungültigkeit eines solches Testamentes ipso jure, oder rücksichtlich seiner Anfechtung durch die querela inofficiosi testamenti.

Notherbe ist nun übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte auch nach M. L. R. Tit. VIII. § 8 derjenige, welcher verlangen kann, daß der Testator ihn in seinem Testamente entweder als Erben einsetze, oder aus einer gesetzlichen und ausdrücklich angeführten Ursache ausschließe. Der Pflichttheilsberechtigte dagegen ist derjenige, welcher nebstdem verlangen kann, daß ihm eine bestimmte Quote des Nachlasses, gleichviel, ob durch Erbeinsetzung, Legat oder Fideicommiß oder mortis causa donatio zugewendet werde. (M. L. R. Tit. IX. § 2. 8. 10, Tit. XIII. § 8. 9.) Beide nennt man jetzt mit einem, dem römischen Rechte in dieser Verbindung und in diesem Sinne fremden Ausdruck »successores necessarii« (Notherben).

Pflichttheil — portio legitima, oder auch schlechtweg legitima genannt — ist ein bestimmter Theil der Erbquote, welche der darauf berechtigte Verwandte erhalten würde, wenn die gesetzliche Erbfolge eintreten, d. h. wenn der Erblasser nicht über sein Vermögen letztwillig verfügt haben würde, und zugleich derjenige Theil des Nachlasses, welcher den Notherben in der Art gebührt, daß im Falle ihrer unrechtmäßigen Ausschließung das Testament der Anfechtung unterliegt [1]). (Seufferts Pand. § 652 III. Bd. — M. L. R. Tit. IX. § 4.) Er hängt offenbar mit der Alimentationspflicht zusammen, welche die Gesetze in dieser Weise über das Leben des Erblassers hinaus ausdehnen.

§ 231.

I. Von den Notherben.

1) Descendenten.

Das Notherbenrecht haben nach Tit. VIII. § 8, Tit. IX. § 4. 6. 11. XIII. § 8. 9. des M. L. R. und Nov. 18 cap. 3 und 4 die Descendenten, welche rechtlich als solche gelten, mithin: a) die ehlichen Kinder sowohl gegen den Vater und gegen die väterlichen Großeltern, als gegen die Mutter und mütterlichen Großeltern (§ 209 nr. 9); b) außerehliche Kinder nur gegen die Mutter und mütterlichen Ascendenten; c) legitimirte Kinder gegen den Vater und dessen Ascendenten wie ehliche Kinder; d) arrogirte und plene adoptirte [2]) Kinder gegen

---

[1]) Da der Pflichttheil den Berechtigten in Folge ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser in der Weise gebührt, daß er denselben nur aus bestimmten Gründen entzogen werden kann, der Erblasser sohin nur über den Rest seines Vermögens unbeschränkt verfügen darf, so haben neuere Gesetze, z. B. das Preuß. Ldr. I. 11 § 1145, I. 12 § 526, II. 2 §§ 437. 442 die Einsetzung in den Pflichttheil nicht für nöthig erachtet, sondern nur die völlige Enterbung, eben weil der Pflichttheil von selbst zufällt, und der eingesetzte Erbe auf Entrichtung belangt werden kann.

[2]) Die Adoption, ein Erwerbungsmittel der väterlichen Gewalt, ist die gesetzliche Annahme an Kindes- oder Enkelsstatt, d. h. die Erklärung, daß jemand die Rechte eines Kindes oder Enkels erhalten solle, die er vorher nicht hatte. Es

den Adoptirenden und dessen Agnaten-Ascendenten, solange sie nicht durch Emancipation aus der Adoptiv-Familie getreten sind; e) die von einem Manne nur minus plene adoptirten Kinder haben das Notherbenrecht in ihrer leiblichen Familie unverändert, in der Adoptiv-Familie aber durchaus keines l. 10 § 1 C. (8. 48); f) die von einer Frau adoptirten Kinder haben dagegen das Notherbenrecht gegen die Adoptiv-Mutter und ihre Ascendenten. (l. 5 C. [8. 48] l. 29 § 3 D. [5. 2].) Sie behalten ihr Notherbenrecht gegen ihre leibliche Familie, weil eine Adoption durch eine Frau nicht einmal Agnationsrechte vernichtet.

§ 232.

2) Ascendenten.

Ascendenten (Eltern, Großeltern 2c.) besitzen nach Tit. IX. § 9 des M. L. R. Notherbenrechte, jedoch nur insoferne, als sie Intestaterbrechte haben, also bei außerehlichen Kindern nur die Mütter und mütterlichen Ascendenten. Gar kein Notherbrecht haben der minus plene adoptirende Mann oder die adoptirende Frau. Durch die adoptio plena dagegen erlangt der Adoptiv-Vater ein Notherbrecht, so lange nicht durch Emancipation der Adoptions-Nexus vernichtet ist.

Die leibliche Mutter behält jedenfalls ihr Notherbrecht gegen plene adoptirte Kinder, aber ebenso auch der leibliche Vater l. 30 D. (5. 2), obgleich das Kind kein Notherbrecht gegen den letzteren hat.

Durch die adoptio minus plena wird den Ascendenten kein Notherbenrecht gegeben, namentlich auch nicht der adoptirenden Frau, denn die letztere hat nicht einmal Intestaterbrechte. (Wennig, Bd. III. Buch 5 § 22.)

§ 233.

II. Von den Pflichttheilsberechtigten.

Pflichttheilsrechte haben alle Notherben. Pflichttheilsrechte ohne Notherbenrechte haben jedoch gemeinrechtlich

a) Die Geschwister, und zwar nur die vollbürtigen (germani) und die halbbürtigen vom Vater aus (consanguinei), wenn ihnen eine persona turpis im Testamente vorgezogen worden ist l. 27 C. (3. 28), d. h. es können — wenn die eingesetzte Person mit dem Schandfleck der Infamie oder Verächtlichkeit wegen schlechter Handlungsweise, oder mit einem geringeren Makel behaftet ist, und dem Testator nicht namhafte Wohlthaten erzeugt hat — diese Geschwister Beschwerde über liebloses Testament erheben.

---

muß dieses unter öffentlicher Autorität und mit Genehmigung des Landesherrn geschehen. Wenn jemand, der selbst noch unter väterlicher Gewalt steht, in die väterliche Gewalt eines Andern übernommen wird, so heißt dieses Rechtsgeschäft Adoption im eigentlichen Sinne. Die Adoption heißt plena, wenn sie von einem Ascendenten geschieht, und bewirkt dann die volle väterliche Gewalt. Geschieht sie von einem Fremden, adoptio minus plena, so erwirbt der Adoptirte blos Intestaterbrechte, bleibt aber sonst in seiner bisherigen Lage. Arrogation ist die Annahme eines aus der väterlichen Gewalt befreiten sui juris.

2) Die arrogirten Unmündigen Der Anspruch dieser Personen besteht rücksichtlich des Pflichttheiles darin, daß sie im Testamente weder förmlich instituirt, noch ausgeschlossen zu werden brauchen, sondern daß es genügt, wenn sie ihren Pflichttheil auf irgend eine Art aus der Erbschaft erhalten. (§ u. J. [2. 18] Nov. 18 cap. 1.) Das M. L. R. hat zwar diese Personen nicht ausdrücklich erwähnt, allein da dieses Statut nur korrektorischer Natur ist, so muß man die gemeinrechtlichen Bestimmungen um so mehr hier gelten lassen, als sie auch nirgends bestimmt ausgeschlossen sind, und ihre Anwendung seinen übrigen Sätzen nicht entgegentritt [1]). (Vergl. not. S. 2.)

§ 234.

Allgemeine Grundsätze.

1) Notherbenrecht und Pflichttheilsrecht kann durchaus nur derjenige haben, welcher auch Inteſtaterbe des Verstorbenen ist. (l. 6 D. [5. 2].) Man darf daher von dem ersteren auf das letztere schließen, nicht aber umgekehrt, und zwar nicht einmal in der Weise, daß ein näherer Intestaterbe deßhalb auch Notherbe oder Pflichttheilsberechtigter sein müßte, weil ein entfernterer Intestaterbe Notherbe ist. Denn minus plene von einem Manne adoptirte Kinder erben, z. B. ab intestato ihren Adoptiv-Vater mit Ausschluß seiner leiblichen Eltern, haben aber gleichwohl kein Notherbenrecht gegen ihn. Ebenso haben die Kinder vollbürtiger Geschwister kein Pflichttheilsrecht, obgleich sie den halbbürtigen Geschwistern bei der Intestatbeerbung vorgehen. (Glück, Comm. Bd. 7 S. 8. — M. L. R. Tit. XIV. § 6.)

2) Es erscheint aber auch im einzelnen Falle nur derjenige als Notherbe oder Pflichttheilsberechtigter, welcher der nächste Intestaterbe gewesen sein würde l. 8 § 8 l. 19 D. (5. 2), wenn kein Testament vorhanden gewesen wäre. Daher haben in den gegebenen Beispielen die

---

[1]) Was das gemeinrechtliche Erbrecht der armen Wittwe betrifft, so ist dieses zwar durch Tit. XIV. § 10 nicht direkt ausgeschlossen, weil diese Gesetzesstelle nur vom Erbrechte der Wittwe überhaupt, nicht gerade der armen Wittwe, und in dem Falle handelt, wenn bis zum 10. Grade keine Verwandten vorhanden sind; allein die Vorsicht, welche das gemeine Recht für die arme Wittwe zu nehmen hatte, ist im M. L. R. durch andere Mittel erreicht, indem jede Wittwe mit Kindern, also auch die arme, an dem Nachlaß des Gatten, und sogar an dem Separatvermögen der Kinder, an ersterem bei unverrücktem Wittwenstande auf Lebensdauer nach Tit. VII. § 2, an letzterem nach Tit. VI. § 5 bis zur Versorgung der Kinder, den vollen Nutzgenuß hat (§ 162) indem ferner nach Tit. IX. § 11 die Kinder zum standesgemäßen Unterhalte der Eltern verpflichtet bleiben, und selbst das römische Recht der Wittwe nur auf die Dauer ihres Wittwenstandes einen Vortheil bringen könnte, da sie eine solche Erbschaft durch ihre Wiederverehlichung nach Tit. VIII. § 9 ohnedieß wieder verlieren würde. Die kinderlose Wittwe dagegen erhält, ob arm oder reich, nach Tit. VII. § 1 des M. L. R. die ausstehende Ernte, und es kann für sie nach Tit. I. § 1 u. 2 Tit. VII. § 4 durch Eheverträge und Testamente gesorgt werden. Ein weiteres Intestaterbrecht widerspricht aber überdieß den Bestimmungen in Tit. III. § 1, weil nach dieser Gesetzesstelle der Wittwe nur durch Eheverträge (oder letztwillige Verfügung) aus dem Vermögen des Mannes etwas Besonderes zugewendet werden kann. Es muß daher angenommen werden, daß das M. L. R. eine Pflichttheilsberechtigung der armen Wittwe nicht kennt. (A. F. Itzstein, diss. de Moguntino Statutaria conjugum successione mutua. 1786. § XI. S. 25.)

halbbürtigen Geschwister in Concurrenz mit vollbürtigen Geschwistern kein Recht gegen das Testament. Macht der nächste Intestat- oder Notherbe von seinem Rechte keinen Gebrauch, so kann wegen seiner Verletzung ein Anderer nicht klagen.

Ob aber nicht der nächstfolgende Intestaterbe kraft eigenen Rechtes das Testament anfechten könne (successio in querelam), wenn nicht sein Notherbe- und Pflichttheilsrecht gewahrt ist, ist eine bestrittene Frage.

Sind von den Notherben mehrere ungerecht enterbt worden, so kann jeder von ihnen, soferne sie Erben derselben Ordnung sind, klagen, der entferntere Erbe ist aber nur dann zur Anfechtung des Testamentes berechtigt, wenn der nähere nicht mehr klagen kann. (l. 31 pr. D. [5. 2] l. 14. D. [5. 2].) Es können also z. B. die Eltern des Erblassers wohl klagen, wenn dessen enterbte Kinder nicht klagen wollen oder können, weil Ascendenten und Descendenten nicht von derselben Ordnung sind, wogegen den Enkeln die Klage versagt ist, wenn ihre Eltern nicht klagen können oder wollen, da sie zu derselben Erbordnung der Descendenten gehören, wie ihre Eltern. Dasselbe gilt für den Fall, wenn der Erbe der näheren Klasse mit seiner gestellten Klage abgewiesen wurde, denn dieses steht den entfernteren Erben aus verschiedener Klasse nicht im Wege. (l. 14 D. [5. 2].)

3) Da der Pflichttheil nur eine Quote der Intestaterbportion ist (§ 230), so sind bei seiner Berechnung vorerst die Lasten des Nachlasses, also Schulden und Vermächtnisse abzuziehen. (Erk. des Rev.-G. vom 7. Juli 1773, J. S. Hahn gegen Hahn und Mändel.)

4) Die Klage wegen völliger Entziehung oder wegen Verletzung des Pflichttheiles geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, wenn sie von letzterem nicht schon bei Lebzeiten angestellt oder vorbereitet wurde (Thibaut, § 969), wohl aber die den Ascendenten und Descendenten nach Nov. 115 zustehende hereditatis petitio intestati.

Die querela inofficiosi der Geschwister verjährt in 5, jene der Ascendenten oder Descendenten erst in 30 Jahren.

§ 235.

Von der Zuwendung des Pflichttheiles.

Was in § 208 von der Zuwendung des Pflichttheiles im Testamente der Eltern gesagt ist, gilt auch nach Tit. IX. § 4 des M. L. R. bezüglich des den Eltern Seitens der Kinder schuldigen Pflichttheiles.

Außer einem Testamente gestattet das M. L. R. auch Abmährung der in den geistlichen Stand tretenden Kinder, oder eine Abfindung der Kinder überhaupt mit ihren Erbrechten (Tit. IX. § 3). Einer solchen gänzlichen Abfindung muß aber ein vollgültiger, d. h. ein zweiseitiger zwischen den Eltern und den betreffenden Kindern geschlossener Vertrag zu Grunde liegen, vermöge dessen es dann keines weiteren Verzichtes der Kinder (§ 236) auf die dereinstige Nachlaßmasse der Eltern mehr bedarf.

Solche vertragsmäßig abgefundene Kinder brauchen dann im Testamente der Eltern auch nicht mehr als Erben eingesetzt oder erwähnt zu werden, weil sie ihre Erbrechte vollgültig aufgegeben, und daher auch

keine Ansprüche mehr gegen das Testament zu machen haben. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1790, J. S. Bollermann gegen Bollermann. — Erk. des Rev.-G. vom 5. Juli 1782, J. S. Lack gegen Lack.) Es liegt in solcher Abfindung einzelner Kinder möglicher Weise ein Erbvertrag zum Vortheile der übrigen Kinder oder sonstigen Erben; sterben diese, zu deren Gunsten der Vertrag errichtet ist, vor dem Erblasser, so verliert der Vertrag von selbst seine Wirkung.

Eine andere Art der Abfindung der Kinder mit ihrem Pflichttheile ist nach M. L. R. Tit. IX. § 5 in dem Falle gegeben, wenn die Eltern bei Lebzeiten den Kindern den Pflichttheil aus ihrem ganzen Vermögen bestimmen und aushändigen. Die Kinder haben dann bei der dereinstigen Erbschaft der Eltern keinen Anspruch des Pflichttheiles wegen mehr zu erheben, auch wenn sich das Vermögen noch so sehr vermehren sollte, sie können aber auch zu keiner Rückvergütung angehalten werden, falls sich das Vermögen verringert.

Es ist dieses ein einseitiger willkürlicher Akt der Eltern, wofür sie keinen Grund anzugeben nöthig haben, er enthält aber ebendeßwegen auch weder eine förmliche Abschichtung des betreffenden Kindes, noch dessen Ausschluß von der dereinstigen Erbschaft. Soll das Letztere bewirkt werden, so müssen die Eltern das fragliche Kind in einem Testamente auf den Pflichttheil setzen, und dabei anführen, daß jenes Kind mit dem ihm zukommenden Pflichttheile bereits bei Lebzeiten abgefunden sei. Andernfalls haben die Kinder das Empfangene als einen anticipirten Erbtheil nur in den Nachlaß der Eltern zu conferiren (M. L. R. Tit. XVII. § 1), und es tritt im Ganzen die gesetzliche Erbfolge ein. Nur wenn zu diesem elterlichen einseitigen Akte ein Erbvertrag mit dem Kinde, oder ein Entsagungsvertrag Seitens des letzteren hinzutritt, kann eine vollständige Erbabfindung des Kindes gegeben erachtet werden [1]).

Sind die Notherben im Testamente mit einem geringeren Vermächtnisse, als der Pflichttheil beträgt, bedacht, oder sind sie in dieser Weise unter Bezugnahme auf anderweitige Zuwendungen eingesetzt, so können sie auf Ergänzung des Pflichttheiles klagen (Tit. IX. § 4). — A. G. E. vom 26. Juli 1861 Nr. 4202. — A. G. E. vom 1. März 1838 Nr. 232. M. — A. G. E. vom 4. Mai 1847 Nr. 73. — Erk. des Rev.-G. vom 1. April 1778, J. S. Wailandt gegen Escher. —

---

[1]) Die im fränk. L. R. (Ldg. Ord. Tit. 29 § 1, Tit. 36 § 1) eingeführte Grundtheilung hängt allerdings auch mit dem Pflichttheil zusammen, wie die in Tit. IX. § 5 des M. L. R. gestattete Reichung des Pflichttheiles, allein jene Grundtheilung hat doch eine wesentlich andere Bedeutung, denn sie ist nur dann in die Willkühr der Eltern gelegt, wenn sie bei der Wiederverehlichung die Einkindschaft umgehen wollen, oder wenn sich die Kinder eines Betragens schuldig gemacht haben, welches die Eltern berechtigen würde, die Kinder zu enterben. Aber selbst in diesen Fällen ist es nicht der geringe Pflichttheil des M. L. R. oder gemeinen Rechtes, welchen die Eltern den Kindern zu reichen haben, sondern er beträgt $^2/_3$ des ganzen elterlichen Vermögens.

Schon aus dieser Vergleichung läßt sich mit Bestimmtheit entnehmen, daß das M. L. R. nicht im Sinne haben konnte, den Eltern in Tit. IX. § 5 eine so abnorme Willkühr bezüglich des Erbrechtes der Kinder einzuräumen, während es anderseits (Tit. IX. § 12) diese Erbrechte auf eine so ergiebige Weise in Schutz nimmt. Das M. L. R. kennt nur eine vollständige Abfindung (Abmährung) der Kinder bei Lebzeiten der Eltern, und zwar jene der Ordensgeistlichen, welche ihre ordinationsmäßige Aussteuer erhalten haben (Tit. XVI. § 5), weil diese durch ihren Eintritt in ein Kloster für bürgerlich todt gelten, außerdem nur eine vertragsmäßige Abtheilung (§ 209).

Bopp, Beiträge I. S. 178. — Ein Wahlrecht des theilweise Verletzten zwischen der Klage auf Umstoßung des Testamentes und der Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles besteht nicht. (A. G. E. vom 6. April 1853 Nr. 4813.) Fand eine Enterbung in guter Absicht — exheredatio bona mente — statt, so erkennt die Praxis des M. L. R. deren Zulässigkeit unter den Voraussetzungen des gemeinen Rechtes (Erk. des Rev.-G. vom 1. April 1778, J. S. Wailand gegen Escher), sowie überhaupt die in der Nov. 115 cap. 3 und 4 aufgeführten Enterbungsursachen [1] der Descendenten und Ascendenten nach Tit. XIII. § 8 hierher volle Anwendung finden [2]).

---

[1]) Gemeinrechtlich können I. Kinder und Enkel nach Nov. 115 cap. 3 von den Eltern und Großeltern enterbt werden: 1) wegen schwerer Verbal-Injurien, 2) wegen körperlicher Mißhandlung, 3) wegen Lebensnachstellung, 4) wegen strafrechtlicher Anzeige, 5) wegen Umgangs mit Giftmischern und Zauberern, und Theilnahme an deren Verbrechen, 6) wegen Verhinderung der Testamentserrichtung der Eltern, 7) wegen Vernachlässigung blödsinniger Eltern, 8) wegen unterlassener Loskaufung kriegsgefangener oder schuldgefangener Eltern, 9) wegen Uebertritts zu einer ketzerischen Religionssecte, 10) wegen Blutschande mit der Stiefmutter, 11) wegen Theilnahme an einer Gaukler- und Seiltänzer-Bande, 12 wegen unzüchtigen Lebenswandels der Tochter. Hat aber der Testator dem Notherben vor oder nach der Testamentserrichtung förmlich verziehen, so findet keine weitere Ausschließung desselben statt. (Glück, § 551, Bd. 35.)

II. Eltern können von den Kindern nach Nov. 115 cap. 4 enterbt werden: 1) wegen strafrechtlicher Anklage der Kinder, 2) wegen Lebensnachstellungen, 3) wegen Beischlaf mit der Schwiegertochter, 4) wegen Verhinderung der Testamentserrichtung, 5) wegen unterlassenen Loskaufes aus der Kriegsgefangenschaft, 6) wegen Vernachlässigung blödsinniger Kinder, 7) wegen Uebertritts zu einer ketzerischen Secte, 8) wegen Vergiftung der Mutter durch den Vater.

III. Rücksichtlich der Geschwister enthält Nov. 22 cap. 47. pr. die Bestimmung, daß derjenige unter den Geschwistern seinen Erbtheil als undankbar verlieren solle, welcher seinen Geschwistern nach dem Leben getrachtet, dieselben eines Verbrechens angeklagt, oder ihnen ihr Vermögen zu entziehen sich bemüht hat. Diese Bestimmung bezieht sich zwar nur auf den Verlust der gewöhnlichen Erbfolge, und nicht auf die Enterbung, welche ein Testament voraussetzt, allein man muß doch annehmen, daß sie dem Richter als Anhaltspunkt seiner Beurtheilung dienen kann, wenn er die Gründe zu würdigen hat, welche einen Testator berechtigen können, seinen Geschwistern eine persona turpis vorzuziehen, um so mehr als gesetzliche Enterbungsgründe für die Geschwister nicht aufgestellt sind. Alle diese Enterbungsursachen können nicht auf etwa gleich wichtige ausgedehnt werden. (M. L. R. Tit. XIII. § 8.)

[2]) Die Enterbung aus guter Absicht findet nach dem römischen Rechte und nach der Praxis des M. L. R. vorzüglich in zwei Fällen statt:

1) Wenn die Kinder blödsinnig oder Verschwender sind; dabei müssen aber die Enkel als Erben eingesetzt, und den Kindern muß der nöthige Unterhalt gelassen werden. (l. 12 § 2 D. [38. 2] l. 16 § 2 D. [27. 10].)

2) Unmündige Kinder können zur Sicherung ihres Vermögens in der Weise enterbt werden, daß dem eingesetzten Erben auferlegt wird, die Kinder während ihrer Unmündigkeit zu versorgen, und ihnen die Erbschaft bei erreichter Mündigkeit als Fideicommiß zu überlassen. (l. 18 D. [28. 2] l. 12 § 2 D. [38. 2] l. 25 C. [3. 28]. — Erk. des Rev.-G. vom 1. April 1778, J. S. Wailand gegen Escher.)

Allein einige Praktiker nehmen an, diese Fälle seien in den Gesetzen nur beispielsweise angeführt, und die Enterbung aus guter Absicht sei überall wirksam, sobald gegründete Besorgniß besteht, der Notherbe würde entweder aus eigener oder fremder Schuld um seinen Erbtheil kommen; (Hofacker princip. jur. civ. Bd. II. § 1702. — Carpzow, jurisp. for. P. III. con. 9. def. 1. — Puffendorf, Obs. jur. un. Tom. I. obs. 192 § 3.) Z. B. wenn der Vater voraussieht, daß der in Concurs gerathene Sohn durch seine Gläubiger den Nachlaß verlieren würde. (Erk. des Rev.-G. vom 10. Dezember 1784, J. S. Schlender gegen Creditores.)

Ein solches Testament unterliegt der Anfechtung wegen Pflichtwidrigkeit nicht. Die Nov. 115 bezieht sich auch nicht auf diese Enterbungsursachen, weil die dort

Diese Grundsätze über Einsetzung, Enterbung und Uebergehung der Notherben gelten nicht blos für die lebenden Kinder, sondern auch für die nach der Testamentserrichtung gebornen (postumi), falls sie nicht vor dem Testator sterben. (M. L. R. Tit. XIII. § 9.) In letzterem Falle bleibt das Testament, in welchem eines Nachgebornen nicht gedacht wurde, gültig. Nach den Worten dieses Gesetzes: „wenn ein Kind . . . . es seie vor oder nach dem Testament geboren" sind die nachgeborenen und zur Zeit der Testamentserrichtung schon lebenden Kinder einander völlig gleichgestellt.

In Bezug auf Tit. IX. § 4 Tit. XIII. § 9 u. § 14 des M. L. R. dient diese Gesetzesstelle hauptsächlich als Beleg, daß die dort gestattete „Umstoßung des Testamentes" solche Dispositionen ihrem ganzen Inhalte nach nichtig macht (A. G. E. vom 26. Juli 1861 Nr. 4202) [1]), weil nach l. 1 C. (6. 29) die (nach M. L. R. mit den lebenden Kindern gleichgestellten) Nachgebornen ein Testament in der Weise vernichten (testamentum ruptum), als ob gar kein Testament vorhanden gewesen wäre.

In Erbverträgen oder Eheverträgen kann schlüßlich eine Enterbung nicht vorgenommen werden, weil dieses nach gemeinrechtlichen Grundsätzen schlechterdings nur in einem Testamente geschehen darf, und Enterbungen nie zu begünstigen sind. (l. 19 D. [28. 2]). Wo daher dieses in einem Statut nicht besonders erlaubt ist, wie z. B. in der Nürnb. Reform. von 1522 Tit. XV. art. 2 oder im Wormser L. R. Bch. IV. Thl. 3 Tit. 4, muß es als verboten erachtet werden, wie dieses namentlich für das M. L. R. aus Tit. 1 § 2 hervorgeht.

Ueber die Gültigkeit der Erbverträge bei verletztem Notherbenrechte (vergl. § 16 nr. 1.)

§ 236.

Einfluß des Verzichtes auf die Anfechtung eines inoffiziösen Testamentes.

Die allgemeine Lehre von der Wirkung stillschweigender Verzichte (l. 4 § 4 D. [2. 11], l. 47 § 1 D. [2. 14], l. 5 l. 9 § 1. 3 D. [2. 15]) ist bezüglich der Notherben durch Specialgesetze eingeschränkt. Ist nämlich den Notherben weniger als der Pflichttheil hinterlassen, oder ist ihnen etwas durch eine Schenkung entweder auf den Todesfall oder unter Lebenden mit der Bedingung gegeben worden, daß diese Schenkung in den Pflichttheil eingerechnet werden soll, und hat der Notherbe dieses

---

aufgeführten Enterbungsgründe eine Strafe des Notherben wegen Undankbarkeit bilden, während die Enterbung aus guter Absicht dessen Bestes beabsichtiget.

Die Enterbungsursache muß indeß, wie bei jeder Enterbung, im Testamente angeführt werden (M. L. R. Tit. XIII. § 8 — l. 16 § 2 D. (27. 10), und der eintretende Erbe muß im Stande sein, die Wahrheit der angeführten Ursache zu beweisen, wenn sie bestritten wird (Nov. 115 cap. 3. 4), d. h. der angegebene Enterbungsgrund muß wahr ein.

[1]) Gemeinrechtlich bleiben jedoch die Legate und Vermächtnisse des Testamentes aufrecht, und durch Beifügung der Codicillar-Clausel geht die Erbeinsetzung in ein Fideicommiß über. Hiemit stimmt überein: die Frankf. Reform. Thl. IV. Tit. 3 § 4; Nürnb. Reform. Thl. III. Tit. 29 § 3.

ohne Weiteres, und ohne hinzuzufügen, angenommen, daß er sonst keinen Anspruch auf Ergänzung wegen des Pflichttheiles habe, so muß der Pflichttheil dennoch auf Anfordern des Notherben ergänzt werden, wenn von diesem, sei es in einer Quittung oder in einem Vergleiche, nicht ausdrücklich erklärt wurde, daß er mit dem ihm Hinterlassenen oder Gegebenen zufrieden sei, und auf eine Ergänzung des Fehlenden am Pflichttheile keinen Anspruch mehr erheben wolle. Ja selbst nicht einmal jede Klage aus dem Testament enthält sofort ein Anerkenntniß des Testamentes; wenn z. B. der Enterbte aus dem Testament die Behauptung ableitet, es sei in demselben keine fideicommissarische, sondern die Vulgarsubstitution festgesetzt, weßhalb die Intestat-Erbfolge eintreten müsse, so liegt hierin keine Verzichtleistung, sondern gerade der Vorbehalt seiner Rechte für den Fall der Zurückweisung mit jener Klage.

Es kann also hier nur ein ausdrücklicher Verzicht des Notherben von Werth sein. (l. 35 § 2 C. [3. 28]).

Hieraus schließt die Praxis, daß aus einem Verzichte auf eine zugedachte Erbschaft, Vermächtniß, Legat 2c. 2c. ein Verzicht auf den Pflichttheil nicht gefolgert werden kann, und der Notherbe dennoch berechtiget bleibt, seine Ansprüche geltend zu machen.

Hiebei entsteht nun die Frage, ob ein solcher rechtsverbindlicher Verzicht auf den Pflichttheil oder dessen Ergänzung auch diejenigen bindet, welche, nachdem der Verzichtende gestorben ist, beim Tode des Testators dessen nächste Notherben sind.

Im Allgemeinen gilt hierbei der Grundsatz, daß die Eigenschaft eines Notherben nach den zur Zeit des Todes des Erblassers bestehenden Verwandtschaftsverhältnissen zu bemessen ist, und daher ein eingesetzter, vor dem Erblasser verstorbener Notherbe den nach ihm berufenen Notherben nicht mehr im Wege steht, sein Verzicht daher auch für jene gar keine rechtliche Bedeutung hat. Das Recht der Notherben entsteht erst durch den Tod des Erblassers, ist also ein selbstständiges, vom früher verstorbenen Erbprätendenten unabhängiges Recht, und kann sohin durch Verzicht oder Abfindung der Letzteren nicht geschmälert werden.

Die Lehre von einer anticipirten Erbschaft beruht nur auf Erbverträgen oder einer Vermögenstheilung unter Lebenden, und durch beide Arten von Rechtsgeschäften kann ein erst bei dem Tode entstehendes Notherbenrecht nicht geschmälert werden, sie sind daher auch nur unter der Voraussetzung zulässig, daß der Pflichttheil der Berechtigten nicht verkürzt werde. (l. 21 C. [3. 36]).

Man kann sich bei einem solchen Verzicht eines nur eventuellen Notherben nicht auf den Grundsatz berufen, daß über die Gültigkeit eines Vertrages die Zeit des Abschlusses entscheide, denn ein Verzicht auf ein noch nicht angefallenes Recht kann nur unter der stillschweigenden Bedingung als geschehen erachtet werden, daß das Recht wirklich anfällt, resp. für den Verzichtenden entsteht. Auch bei Erbverträgen gilt der Grundsatz, daß der Lebende noch keinen Erbnachfolger haben kann (viventis non datur hereditas), daß sohin auch bei Erbverträgen der Inhalt und Umfang des Vertrages nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers zu bestimmen ist. Sollen die entfernteren Notherben durch den Verzicht des näheren verbunden erachtet werden, so müssen sie dem Verzichte selbst ausdrücklich beitreten. Sind die entfernteren Notherben Testaments- oder Intestaterben des näheren Notherben, welcher verzichtet

hat, oder abgefunden ist, so könnte man sagen, daß der Erbe sich die Handlungen seines Erblassers gefallen lassen und diese vertreten müsse, daß mithin jener Verzicht auch ipso jure auf die Erben des verzichtenden Notherben wirke. Das gemeine Recht hat hierüber keine Bestimmungen, weil ihm Erbverträge überhaupt fremd sind, allein immerhin besteht auch für diesen Fall der Grundsatz, daß den beim Tode des Erblassers vorhandenen Notherben sein Pflichttheil nur in der allein zulässigen Weise durch begründete Enterbung entzogen werden kann, daß sohin dieser wirkliche Notherbe (im Gegensatze zu dem abgefundenen präsumtiven Notherben) die Erbschaft des letzteren nicht auszuschlagen braucht, um das Testament seines Ascendenten oder Descendenten, welcher ihn übergangen oder im Pflichttheile verkürzt hat, durch Klage auf Umstoßung des Testamentes oder auf Ergänzung des Pflichttheiles anfechten zu können. (§ 280.)

Will der Verzichtende seinen eingegangenen Vertrag auch für seine eigenen Erben verbindlich machen, so muß er sie unter der Bedingung in seinem Testamente einsetzen, daß sie jenen Verzicht als gültig erkennen. Den Erben bleibt dann die Wahl, ob sie diese testamentarische Erbschaft antreten wollen, oder nicht.

§ 237.

Von Berechnung des Pflichttheiles.

a) Pflichttheil der Kinder und Enkel.

Die Bestimmungen des M. L. R. über die Berechnung des Pflichttheiles über Descendenten (Kinder und Enkel) Tit. IX. § 6 sind fast wörtlich aus Nov. 18 cap. 1 entnommen, daher um somehr nach dem römischen Rechte zu interpretiren [1]). Während nach dem früheren römischen Rechte § 3 J. (2. 18), l. 8 § 8 D. (5. 2), l. 31 C. (3. 28) der Pflichttheil den vierten Theil der Intestatportion ausmachte, wurde in Nov. 18 cap. 1 bestimmt, daß die Eltern, welche ein Kind, zwei, drei, oder vier Kinder hinterlassen, denselben nicht den vierten, sondern den dritten Theil ihres Vermögens vererben müssen [2]). Haben sie dagegen mehr als vier Kinder, so müssen sie denselben die Hälfte ihres Vermögens hinterlassen. Der dritte Theil oder die Hälfte sind gleichmäßig unter die Kinder zu vertheilen, ohne Parteilichkeit, so daß nicht einige Kinder bessere, andere schlechtere Gegenstände empfangen, es mag der Pflichttheil in Form einer Erbschaft, eines Legates oder Fideicommisses hinterlassen

---

[1]) Ein Unterschied vom gemeinen Rechte könnte nur darin gefunden werden, daß nach letzterem der ganze Eheerwerb dem Manne gehört. Diese Abweichung des M. L. R. betrifft aber nur die Ausmittlung des Vermögens jedes Gatten, welches der Pflichttheilsberechnung zu Grund zu legen ist, und in dieser Beziehung unterliegt es keinem Zweifel, daß Zubringen und Errungenschaft das Gesammtvermögen ausmachen, der Pflichttheil daher auch aus letzterem zu berechnen ist. (Erk. des Rev.-G. vom 3. November 1802, J. S. Lulai gegen Lulai.)

[2]) Die Mitzählung der enterbten oder abgefundenen, jedoch nicht der bereits gestorbenen Kinder, ist nothwendig, indem sonst die Enterbung eines Kindes den andern insoferne schädlich werden müßte, als sich durch eine geringere Kinderzahl die Pflichttheilsrate von $^1/_2$ auf $^1/_3$ vermindern kann.

sein. (Vergl. Nov. 115 cap. 3, wonach der Pflichttheil stets im Testamente erwähnt sein muß. Siehe oben § 235.) Den Eltern verbleiben sodann je nach der Anzahl ihrer Kinder zwei Dritttheile oder die Hälfte ihres Vermögens, worüber sie willkührlich zum Vortheile ihrer Kinder oder fremder Personen verfügen können.

Von den früheren Gesetzen weicht dieses Gesetz, wie am Schlusse bemerkt ist, nur durch die Erhöhung des Betrages ab, der Betrag selbst aber ist in Nov. 22 cap. 48 geradezu als Theil der Intestatportion betrachtet.

Die Worte des M. L. R. „der Kinder Pflichttheil ist nichts anderes als des Erblassers dritter Theil aus seiner Verlassenschaft" lassen es unklar, ob damit 1/3 der ganzen Nachlaßmasse, oder nur 1/3 der Intestaterbportion jedes Kindes gemeint sei.

Das gemeine Recht gebraucht in Nov. 18 cap. 1 anstatt der Worte „aus seiner Verlassenschaft" des M. L. R. Tit. IX. § 6 den Ausdruck »propriae substantiae partem«, d. h. seines eigenen Vermögens, was offenbar mit dem Statut übereinstimmt. Bei Erörterung der Controverse, ob der Pflichttheil aus dem ganzen Nachlaß oder aus der Intestat-Erbportion jedes Notherben zu berechnen sei, befindet man sich daher genau auf dem Boden des gemeinen Rechtes. Auch gemeinrechtlich ist diese Frage streitig, obgleich sie, wie sich aus folgenden Beispielen ergibt, von wesentlicher Bedeutung namentlich dann ist, wenn außer den Pflichttheilsberechtigten noch andere Intestaterben concurriren, oder wenn nur Notherben allein concurriren, diese aber nicht alle auf den Pflichttheil gesetzt, sondern im Allgemeinen zu Erben ernannt oder enterbt sind [1]).

---

[1]) Beträgt z. B. die Erbmasse 12,000 fl. und concurrirt ein Vater mit einem Bruder des Erblassers, so würde, da beide ab intestato gleich berechtigt sind, die Erbportion ab intestato für jeden 6000 fl. betragen. Der Pflichttheil aus dieser Intestatportion beträgt 1/3, also 2000 fl. für den Vater wie für den Bruder. Würde der Pflichttheil jedoch aus dem ganzen Nachlaß von 12,000 fl. berechnet, so wäre er für den Vater sowohl als für den Bruder 1/3 aus 12,000 fl., also 4000 fl., folglich doppelt so groß als bei der Berechnung aus der Intestaterbportion.

Ist ferner von zwei pflichttheilsberechtigten Kindern das eine enterbt, das andere auf den Pflichttheil gesetzt, so beträgt der Pflichttheil, aus dem ganzen Nachlasse zu 12,000 fl. berechnet, 1/3 desselben mit 4000 fl., welchen das auf den Pflichttheil gesetzte Kind allein empfängt, weil das andere enterbt ist. Nimmt man jedoch auf die Intestaterbportion Rücksicht, so ist auch das enterbte Kind bei der Vertheilung der Pflichttheilssumme von 4000 fl. mit in Berechnung zu ziehen. Es erhält im letzteren Falle jedes der beiden Kinder die Hälfte der Pflichttheilssumme von 4000 fl., also jedes 2000 fl., der das enterbte Kind treffende Theil bleibt jedoch dem Testator zur Verfügung.

Hinterläßt der Testator ferner fünf Kinder, wovon eines enterbt wird, so sind bei Berechnung des Pflichttheiles aus der Intestaterbportion alle fünf Kinder in Berücksichtigung zu ziehen und der Pflichttheil ist sofort die Hälfte der Intestaterbportion. Wird dagegen der ganze Nachlaß als Grundlage jener Berechnung angenommen, so kann das enterbte Kind nicht mitgezählt werden, der Pflichttheil ist daher nur nach vier Kindern zu berechnen und beträgt sofort nur 1/3 des Nachlasses, so daß jedes der vier Kinder nur 1/12 des ganzen Vermögens zu erhalten hat. Die beiden Berechnungsarten werden collective oder distributive genannt, je nachdem der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft nach der Zahl derjenigen berechnet wird, welchen er gebührt, oder jenachdem er nach dem Verhältniß des Intestaterbtheiles aller Notherben, auch der Enterbten, ausgeschlagen wird.

Bei dieser verschiedenen Berechnungsweise des Pflichttheiles liegt ein vorzügliches Unterscheidungsmerkmal darin, daß der aus der Intestatportion gefundene Pflichttheil unter alle Notherben, auch unter die enterbten und abgefundenen, vertheilt wird, während die nach dem ganzen Nachlaß berechnete Legitima sich nur auf jene Notherben repartirt, welche wirklich zum Zuge kommen.

Die erstere Verfahrungsweise will nun aber gerade das M. L. R., indem es in Tit. IX. § 7 verordnet, daß bei Ausfindigmachung des Pflichttheiles auch die Enterbten, überhaupt alle Notherben, wenn sie auch aus Gründen keinen Pflichttheil mehr erhalten, in Berechnung gezogen, und in der Weise mitgezählt werden sollen, daß jedem Kinde, auch dem enterbten, sein Pflichttheil auszurechnen ist, der Theil der Enterbten aber dem Testator zur Verfügung verbleibt.

Es geht hieraus hervor, daß das M. L. R. in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte bleiben wollte, und daß es unter dem Worte „Verlassenschaft" in Tit. IX. § 6 im Zusammenhalte mit § 7 nur den gewöhnlichen, nach Intestaterbrecht gebührenden Verlassenschaftsantheil des Erben, also die Intestaterbportion jedes Pflichttheilsberechtigten verstanden haben kann. Die hieraus gefundenen Quoten sollen zwar jedem ursprünglich Pflichttheilsberechtigten (zu 1/3 oder 1/2 seiner Intestaterbportion, jenachdem 1 bis 4 oder mehr Kinder vorhanden sind) zugemessen werden, die Theile der Enterbten oder Abgefundenen aber dem Testator zur Verfügung bleiben.

Diese Verschiedenheit des Ergebnisses beider Berechnungsarten tritt jedoch nur hervor, wenn außer den Pflichttheilsberechtigten noch andere Intestaterben vorhanden sind, oder wenigstens nicht alle Notherben in den gebührenden Pflichttheil eingesetzt wurden. Außerdem ist die Berechnung gleichgültig. Hat z. B. der Testator nur zwei Kinder und beide zum Pflichttheile seines Nachlasses von 12,000 fl. eingesetzt, so erhält jedes 1/3 von der Hälfte des Nachlasses, also 2000 fl., man mag dieses aus der ganzen Masse oder aus der Intestaterbportion bemessen.

Das M. L. R. berührt daher auch in Tit. IX. § 6 nur den Fall, in welchem allein die Descendenten ohne Concurrenz mit anderen Erben zur Erbschaft gelangen.

Diese von den neueren Juristen fast ausschließlich vertretene Rechtsauslegung (Seufferts P. R. § 653. — Thibaut, P. R. § 962. — Vangerow, Lehrb. Bd. II. § 475 not. 2. — Glück, Com. Bd. 7 S. 29 ff.) beruht darauf, daß in der Novelle 18 der alte Rechtssatz, die Legitima sei ein Theil der Intestaterbportion, durchaus nicht aufgehoben worden ist; er ist vielmehr später noch in Nov. 22 cap. 48 Nov. 39 cap. 1 anerkannt. Die Intestaterbportion des Pflichttheiles wurde vielmehr in Nov. 18 cap. 1 von 1/4 auf 1/3 resp. 1/2 erhöht.

Die Mitzählung der Enterbten und Abgefundenen (Tit. IX. § 7 des M. L. R.) hat den Zweck, um zuerst die Größe der Intestatportion zu bestimmen (partem faciunt ad minuendam legitimam), dann aber auch um durch die Zahl den Concurrenten zu ermitteln, welchen Theil der Intestaterbportion der Pflichttheilsberechtigte erhalten müsse. (numerum faciunt ad augendam legitimam. — l. 8 § 1 l. 17 D. [5. 2] Nov. 18 cap. 1 Nov. 39 cap. 1.)

Hieraus folgt, daß 1) bei Berechnung des Pflichttheiles weder auf letztwillige Verfügungen, Enterbungen, Erbverträge, Entsagungen,

Abfindungen (Tit. IX. § 7) Rücksicht zu nehmen ist, da nur die Intestaterbportion zu Grund gelegt, und die Erbtheilung behufs Regulirung des Pflichttheiles so angelegt werden muß, als wenn gar keine Willenserklärung des Erblassers oder der Erben vorhanden wäre.

2) Concurriren Enkel mit Kindern, so ist der Pflichttheil der ersteren nach Stämmen zu berechnen, weil jene nach Tit. XIV. § 6 des M. L. R. auch nach Stämmen mit den Kindern zur Intestaterbfolge berufen sind. (Seufferts P. R. § 653 not. 3. — Vangerow, II. § 475 not. 4.)

3) Der Pflichttheil ist aus dem reinen Vermögen, d. h. nach Abzug aller auf dem Nachlaß ruhenden Schulden zu berechnen, wozu nach l. 8 § 9 D. (5. 2) auch die Leichenkosten gehören.

Hinzuzurechnen ist aber zu dem Nachlaß auch anderseits Alles, was jedes Kind aus dem elterlichen Vermögen als Heirathsgut oder Widerlage, als Aussteuer, Hochzeitskosten, für Brautkleider erhalten hat, überhaupt Alles, was die Kinder nach Tit. XVII. des M. L. R. in die Erbtheilung einzuwerfen schuldig sind.

Hieraus folgt jedoch nicht, daß Alles, was zur Erbtheilung nicht beigetragen werden muß, deßwegen bei der Berechnung des Pflichttheiles außer Ansatz bleiben dürfte, indem Legate, Fideicommisse oder Vermächtnisse überhaupt nach Tit. XVII. § 5 zwar nicht conferirt, aber doch gemäß Tit. IX. § 10 des M. L. R. unter den Pflichttheil gerechnet werden.

4) Würde ein Intestaterbe wegen doppelter Verwandtschaft (wenn er z. B. von zwei Descendenten des Erblassers abstammt) eine doppelte Erbportion erhalten, so gebührt ihm auch ein doppelter Pflichttheil.

§ 238.

b) Pflichttheil der Eltern und Großeltern.

Wenn der Erblasser keine Personen hinterläßt, welche von ihm abstammen (Descendenten), nämlich Kinder, Enkel 2c., so ist er den Pflichttheil denjenigen schuldig, von welchen er selbst abstammt (Ascendenten), also seinen Eltern, Großeltern 2c., falls diese bei seinem Tode noch am Leben sind, und falls der Erblässer nicht gesetzliche Gründe hat, dieselben von seiner Erbschaft auszuschließen. (Vergl. § 235 in not. über die gesetzlichen Enterbungsursachen). Gleichwie sich die testamentarischen Verfügungen der Kinder nur mit Objekten befassen können, welche wirkliches Eigenthum der Kinder sind (vergl. § 205 nr. I.), so kann natürlich auch nur von einem solchen Vermögen der Kinder der Pflichttheil gefordert werden, nicht von erst zu hoffendem Vermögen.

Das M. L. R. hat sich in Tit. IX. § 9 über das Maas des Pflichttheiles der Ascendenten nur im Allgemeinen dahin ausgesprochen, daß er den dritten Theil aus der Verlassenschaft des Enkels oder Urenkels ausmachen soll, ohne auch hier näher darauf einzugehen, ob damit die ganze Verlassenschaft, oder nur die Intestaterbportion der Ascendenten gemeint sei, und wie der ausgeschiedene Pflichttheil unter mehrere vorhandene Descendenten von gleichem oder verschiedenem Grade (unter concurrirende Eltern und Großeltern oder Urgroßeltern) zu vertheilen sei.

Was die Frage über die Berechnungsweise des Pflichttheiles aus dem ganzen Nachlaß oder aus der Intestatportion betrifft, so kann im Allgemeinen auf die Ausführung in § 237 über die Berechnung des Pflichttheiles der Kinder aus der Intestatportion verwiesen werden, indem die dort angeführten Gründe auch hierher zu beziehen sind, wenn die Ascendenten in Concurrenz mit anderen Erben treten.

Insbesondere aber spricht für diese Annahme noch die Verwandtschaft der Frage mit den Bestimmungen des Landrechtes über die Intestaterbfolge der Eltern und Großeltern in Tit. XIV. § 6. Die letzteren haben nämlich, sobald sie mit den rechten Geschwistern des Erblassers erben, nur einen gleichen Theil wie diese anzusprechen. Wollte man nun den Ascendenten ⅓ aus dem ganzen Nachlasse als Pflichttheil ausscheiden, so würden sie, sobald mehr als zwei Geschwister bei der Erbschaft mit ihnen zusammentreffen, mehr als die Geschwister erhalten.

Beträgt z. B. der Nachlaß 12,000 fl., welcher unter drei Geschwister und den Vater vertheilt werden soll, so würde der Pflichttheil des letzteren, aus dem ganzen Nachlaß berechnet, 4000 fl. betragen, während von dem Reste der Verlassenschaft zu 8000 fl. jedem der drei Geschwister nur 2666 fl. 40 kr. zukämen. Schon der Grundsatz, daß der Pflichttheil das Wenigste sein soll (Tit. IX. § 1), was der Notherbe erhalten muß, also weniger, als seine gewöhnliche Intestaterbportion, würde hiedurch verletzt werden, noch mehr aber der klare Buchstabe des Gesetzes Tit. XIV. § 6, daß jedes der Eltern und Geschwister gleiche Theile des Nachlasses ab intestato empfangen sollen. Einen solchen Widerspruch kann man von dem Gesetzgeber nicht voraussetzen.

Es besteht hiebei noch die Streitfrage, ob auch der Pflichttheil der Eltern resp. Ascendenten bis auf die Hälfte gleichwie bei den Descendenden steigen könne, wenn mehr als vier Ascendenten betheiligt sind.

1) Sind lediglich Eltern als Intestaterben und ohne Concurrenz mit anderen Verwandten vorhanden, welcher Fall allein in Tit. IX. § 9 erwähnt ist [1]), so besteht kein Bedenken, daß nach den vom Gesetze gebrauchten Worten „so solle je und allzeit der Pflichttheil den dritten Theil ausmachen" die legitima der Ascendenten auch nur der dritte Theil der Verlassenschaft sein soll, denn hier ist es ganz gleichgültig, ob der Pflichttheil als Theil des ganzen Nachlasses oder der Intestatportion gerechnet wird, weil die letztere auch immer eine Quote des ganzen Nachlasses ist, wobei die Mitintestaterben nur zur Ermittlung der Intestatportion (ad minuendam legitimam) gezählt werden.

2) a. Concurriren jedoch Ascendenten entfernterer Grade [2]), so daß mehr als vier Ascendenten pflichttheils berechtigt erscheinen, so könnte ihr

---

[1]) Das Gesetz sagt: „das Pflichttheil der Eltern, und in Ermangelung derselben, der Großeltern, es mögen derselben eines oder mehrerer in gleichem Grade sein rc. rc.", es hat also nur die Concurrenz von Ascendenten desselben Grades im Sinne.

[2]) Ascendenten entfernterer Grade können auch nur zur Erbfolge gelangen, wenn sie alle in gleichem Grade verwandt sind, weil jeder Ascendent näheren Grades die Ascendenten entfernteren Grades ausschließt. (Nov. 118 cap. 2. — M. L. R. Tit. XIV. § 4. — Vergl. § 282.)

Pflichttheil in diesem Falle nach M. L. R. ½ ihrer Erbportion betragen, denn es succediren ab intestato gemeinrechtlich nach Nov. 118 cap. 2, bei Concurrenz entfernterer Grade die Ascendenten in Linien, und die Erbschaft würde hier, ohne auf die Zahl der Personen Rücksicht zu nehmen, in zwei gleiche Hälften getheilt werden, wovon die eine Hälfte an die väterliche, die andere an die mütterliche Seite fallen würde. Ist nun der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, so muß auch bei dessen Bestimmung jene Art der Erbfolge zu Grunde gelegt werden, welche ohne Testament eingetreten sein würde; allein nach M. L. R. Tit. XIV. § 5 (vergl. § 282 nr. 2) können Ascendenten nur nach Köpfen erben, auch wenn sie nur unter sich concurriren, und es wäre dann eine Anomalie, wenn ihnen, sobald sie mehr als 4 Köpfe betragen, auch nur ⅓ ihrer Erbportionen zugewiesen würde; diese Anomalie ist indeß in Tit. IX. § 9 einmal ausgesprochen, jedoch mit dem Beisatz, daß, solange nur Ascendenten als Pflichttheilsberechtigte vorhanden sind, ihnen ⅓ der ganzen Verlassenschaft als Pflichttheil zusammen gebührt, welchen sie dann nach Köpfen unter sich zu theilen haben.

b. Treffen mit den Eltern oder Großeltern noch leibliche Geschwister des Erblassers zusammen, welche ohne Testament mit jenen zu gleichen Theilen geerbt haben würden (was ja immer auch beim Vorhandensein eines Testamentes geschehen kann, wenn darin den Geschwistern der Pflichttheil angewiesen wurde, obschon sie denselben nicht verlangen konnten), so muß man annehmen, daß in diesem Falle der Pflichttheil der Eltern auf die Hälfte der Intestaterbportion steigen kann, wenn die Geschwister mit den Eltern fünf oder mehrere Personen ausmachen; denn ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, so müssen bei dessen richtiger Bestimmung alle jene mitgezählt werden, welche im Falle der Intestaterbfolge Miterben gewesen wären, selbst wenn sie für sich keinen Pflichttheil zu fordern berechtigt sind (M. L. R. IX. § 7), also auch die vollbürtigen Geschwister. Nach Nov. 18 cap. 1 bezieht sich nämlich die Erhöhung des Pflichttheiles von ¼ auf ⅓ resp. ½ auf alle jene Personen, welchen schon im alten Rechte der vierte Theil bestimmt, und die Klage wegen Pflichttheilsverletzung gestattet war, der gegebene Fall ist aber auch für das M. L. R. nach gemeinem Rechte zu entscheiden, weil in Tit. IX. § 9 ein Concurrenzfall nicht erwähnt ist. (Blätter für Rechtsanwendung von Seuffert, Bd. XI. S. 113 ff.)

§ 239.

c) Pflichttheil der Geschwister.

Zur Forderung des Pflichttheiles berechtigt sind jedenfalls nur die vollbürtigen Geschwister (germani) oder die halbbürtigen vom Vater her (consanguinei). (l. 27 C. [3. 28].)

Die Geschwister des Erblassers können den Pflichttheil nur dann fordern, wenn ihnen im Testamente eine persona turpis, d. h. eine Person vorgezogen wurde, welcher entweder eigentliche Schlechtigkeit oder ein verächtlicher Charakter und Lebensweise vorgeworfen werden kann. Da also die Geschwister nur relative Notherben sind, so besteht die Verbindlichkeit des Testators nur in Hinterlassung des Pflichttheiles, nicht zugleich in der Verbindlichkeit ihrer Erbeinsetzung. Der Pflichttheil kann

ihnen daher als Legat, Schenkung von Todeswegen rc. gültig hinterlassen werden, ohne daß dann der Testator nöthig hätte, sie im Testamente zu nennen. Es handelt sich aber auch dann um die Berechnung des Pflichttheiles der Geschwister, wenn der Testator nur im Allgemeinen in seinem Testamente erwähnt hat, daß die Geschwister einen Pflichttheil erhalten sollen. Die Größe und Berechnung ihres Pflichttheiles richtet sich nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, und ist, soweit nöthig, in § 237 und § 238 schon erörtert.

§ 239 a.

d) Pflichttheil der Eheleute.

Nicht der armen Wittwe als solcher, sondern der hinterlassenen Frau kann ebenso wie dem überlebenden Manne nach Tit. I. § 2 des M. L. R. ein Kindstheil, sei es in Eheverträgen oder Testamenten verschafft werden, und dieser Kindstheil kann auch als Pflichttheil in Frage kommen, wenn ein Kind der Vorehe auf den Pflichttheil gesetzt worden ist, weil nach Tit. VIII. § 10 des M. L. R. der dem überlebenden Gatten vom verstorbenen zugewendete Kindstheil nicht größer sein darf, als der geringste Kinds- resp. Pflichttheil eines Kindes der früheren Ehe. Die Frage, wie im gegebenen Falle der Kindstheil des überlebenden Ehegatten im Zusammentreffen mit pflichttheilsberechtigten Notherben zu berechnen sei, läßt sich verschieden beantworten. Einige Juristen wollen dabei auf den Gatten gar keine Rücksicht nehmen, sondern die Intestaterbtheile der einzelnen Pflichttheilsberechtigten aus der Verlassenschaftsmasse festsetzen, geradeso, als ob der Gatte gar nicht betheiligt wäre, und dem letzteren dann einen gleichen Theil, oder einen Theil gleich dem geringsten Pflichttheil der Vorkinder überweisen. Andere wollen den dem concurrirenden Gatten zukommenden Theil als eine Schuld von der Masse abrechnen, und aus dem Rest den Pflichttheil der Notherben nach ihrer Anzahl ausschlagen.

Das M. L. R. rechnet nun in Tit. IX. § 7 die Ehefrau nicht zu jenen Personen, welche bei Berechnung der Intestaterbportionen hinzuzuzählen ist, denn die Frau kann auch in Concurrenz mit ihren Kindern nur einen Nutzgenuß, niemals aber Theile der Vermögenssubstanz ab intestato erben. Trifft die Frau aber gleichwohl in Folge von Verträgen oder Testament wegen ihres zugesicherten Kindstheiles mit Kindern zusammen, welche auf den Pflichttheil gesetzt sind, so ist dieser Pflichttheil der Kinder lediglich aus den Intestaterbportionen sämmtlicher Kinder zu berechnen, weil eben die Frau keine Intestaterbin ist; allein die Intestaterbportion jedes Kindes und Stammes wird durch den Kindstheil der Frau geschmälert, weil dieser als eine Schuld der Erbschaft erscheint, welche vor Berechnung der Intestatportionen abgezogen werden muß. Concurrirt demnach eine Wittwe mit ihrem Kindstheile z. B. mit drei Kindern, so beträgt ihr Kindstheil $\frac{1}{4}$, und die Erbportion jedes Kindes ebenfalls $\frac{1}{4}$ des Nachlasses, der Pflichttheil der letzteren aber (weil drei Kinder vorhanden sind) die Hälfte der Intestatportion, also $\frac{1}{8}$. Wäre die Wittwe nicht in Betracht zu ziehen, so würde der Pflichttheil der Kinder aus $\frac{1}{3}$ der Erbschaft zu berechnen sein, also $\frac{1}{6}$ des Nachlasses betragen.

240.

Rechtliche Natur des Pflichttheiles.

Das M. L. R. hat, indem es in Tit. IX. § 10 übereinstimmend mit § ult. J. (2. 18) gestattet, den Pflichttheil auch als Legat oder Schenkung von Todeswegen (titulo singulari) zu hinterlassen, anderseits aber auch in Tit. IX. § 4 und Tit. XIII. § 9 verordnet, daß gemäß Nov. 115 cap. 3 u. 4 Kinder und Eltern, welche eine Enterbung nicht verdient haben, nothwendig zu Erben eingesetzt werden müssen, eine Verbindung des älteren römischen Rechtes mit dem neueren römischen Rechte vorgenommen. Hieraus könnte man schließen, daß die Eltern und Kinder auf den Pflichttheil selbst zu Erben eingesetzt werden müßten, wenn das Testament unangefochten bleiben soll. Allein aus Nov. 115 cap. 5 geht klar die Absicht hervor, daß durch das neuere Recht nur eine Enterbung oder Uebergehung verhütet werden sollte, wozu es genügt, den Pflichttheil unter einem speziellen Titel zu hinterlassen, wenn die Notherben nur nominell wenigstens unter Verweisung auf die andere Verfügung irgendwie eingesetzt sind.

Immerhin beruht aber der Pflichttheil auf dem Erbrecht, und hat daher die Natur eines Legates, wenn er in einer bestimmten Sache angewiesen ist.

§ 241.

Beschwerung des Pflichttheiles.

Nachdem der Pflichttheil den Notherben vermöge gesetzlicher Vorschrift gebührt, kann dem Testator auch keine willkührliche Verfügung darüber zustehen, sowie überhaupt derjenige, welcher verbunden ist, den Pflichttheil dereinst zu hinterlassen, durch keine Handlung, sei es unter Lebenden oder auf den Todesfall, den Pflichttheil verkürzen darf. (M. L. R. Tit. XVII. § 12.)

Dahin rechnen die Gesetze:

1) Lieblose Schenkungen, wodurch das Vermögen bei Lebzeiten entschöpft und den Kindern nur der leere Name eines Erben hinterlassen wird. (l. 3 C. [3. 29].)

2) Uebermäßige Ausstattungen der Töchter, gegen welche den Söhnen eine Klage zusteht, um sich die ihnen gebührenden Vortheile zu verschaffen. (l. u. C. [3. 30]. — M. L. R. Tit. XVII. § 1. 12.)

3) Ungleiche Vertheilungen des Vermögens. (l. 6 C. [3. 29] l. 10. 21 C. [3. 36]. — M. L. R. l. c.)

4) Uebermäßige Legate und Prälegate, welche den Pflichttheil verletzen, obgleich das Testament dadurch in seinen übrigen Theilen nicht ungültig gemacht wird. (M. L. R. Tit. VIII. § 15 — l. 5. 6. 7. 8 C. [3. 29].) Ein Recht der Pflichttheilsberechtigten, auch onerose Geschäfte anzufechten, hat sich erst aus der Praxis entwickelt. Die entsprechenden Klagen (condictio ex constituto Divi Pii — condictio Faviana utilis — l. 1 § 4 l. 2 u. 10 D. [38. 5]) sind auf Aufhebung der Veräußerung, soweit dadurch der Pflichttheil verletzt wurde,

gerichtet, also immer auf den gebührenden Theil. (l. 1 C. [6. 5] l. 1 § 12 D. [38. 5].)

Daß der Gesetzgeber im M. L. R. an alle diese gemeinrechtlichen Bestimmungen dachte, geht aus Tit. IX. § 12 hervor, wornach verschwenderischen Eltern sogar zum Schutze der Kinder ein Curator gesetzt werden soll. (Vergl. § 133. 175 ad B.) (Eine Art Verfangenschaft.)

Um bemessen zu können, ob eine Verletzung des Pflichttheiles stattgefunden habe, ist bei dessen Berechnung im Auge zu behalten

a) Die Größe des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers nach Abzug der Schulden l. 8 § 9 D. (5. 2), und vor Abzug der Vermächtnisse welche der Miterbe zu leisten hat, weil der Pflichttheil nicht willkührlich verringert werden darf.

b) Was der Notherbe bei Lebzeiten des Erblassers mit der Collationspflicht erhalten hat, ferner die Zuwendungen auf den Todesfall.

c) Lieblose Schenkungen bei Lebzeiten sind dem Nachlasse beizuzählen, um zu sehen, ob dadurch der Pflichttheil verletzt wurde, und wie viel von der Schenkung zum Pflichttheil zu ergänzen sei. (Nov. 92 cap. 1.)

Die Anweisung des Pflichttheiles kann in einer bestimmten Sache nach Tit. IX. § 10 allerdings geschehen, allein dem Berechtigten steht es frei, Klage auf Ergänzung zu erheben, wenn der Werth des angewiesenen Stückes der Größe der gebührenden Legitima nicht gleichkommt. Jedenfalls sind die zugewiesenen Güter oder Sachen in dem Preise anzuschlagen, welchen sie zur Zeit des Todes des Erblassers haben, nicht wie sie zuvor erkauft und später in Auf- oder Abnehmen gekommen sind. (l. 8 § 9 D. [5. 2] l. 6 C. [3. 28].)

Ist dieses geschehen, und die Taxe dem Werthe entsprechend, so wäre das Verlangen, die Verlassenschaftsmasse ohne Unterschied zu versteigern, eine Chicane, namentlich, wenn eine gerichtliche Inventur vorgenommen, die Taxe ordnungsgemäß durch verpflichtete Sachverständige erhoben ist, und sich sohin jeder Betheiligte begnügen kann, wenn die Theilung in Natur geschieht und nur jene Stücke zur Versteigerung gebracht werden, welche nicht vertheilt werden können. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Juli 1779, J. S. Weiland gegen Escher.)

§ 242.

Pflichttheil im Verhältniß zur Collation und zu den Erbschaftsschulden.

1) Wer durch letztwillige Verfügung, Erbvertrag oder Abfindung (§ 235) blos als Pflichttheil eine bestimmte Sache, Summe oder Größe erhalten hat, braucht davon nichts zur Nachlaßmasse zu conferiren, auch wenn sich später die Nachlaßmasse in der Art vermindert haben sollte, daß sein Pflichttheil weniger betragen würde (Tit. IX. § 5); der Empfänger dieses Pflichttheiles ist dann auch zu keiner Währung den übrigen Erben verbunden, weil eine solche Zuweisung des Pflichttheiles einer Vertheilung der Erbschaft gleichkommt. (Tit. XVI. 3. XXV. 5.) (Vergl. § 209 nr. 1.) Dagegen haben dem auf eine bestimmte Sache eingesetzten Notherben seine Miterben wegen des Pflichttheiles Gewähr zu leisten. (l. 36 pr. C. [3. 28]. — M. L. R.

Tit. XVI. § 3. XXV. § 5.) Außerdem aber, wenn jemand ohne Anweisung der Größe rc. blos auf den Pflichttheil gesetzt ist, ist dieser in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte immer so zu berechnen, als wenn die von sämmtlichen Erben bei Lebzeiten des Testators empfangenen Gegenstände noch im Nachlaß vorhanden wären, und auf die dergestalt zur Findung des Pflichttheiles ermittelte Intestaterbportion sind nicht nur Legate, Schenkungen von Todeswegen rc., welche der Pflichttheilsberechtigte oder die übrigen Erben erhalten haben, sondern auch die Ausstattungen, und was sonst zu conferiren ist, einzurechnen, ohne daß vorher wegen der Ausstattung der Kinder eine Gleichstellung vorgenommen wird.

2) Wenn dem Notherben sein Pflichttheil in einer bestimmten Sache angewiesen wurde, so braucht er zur Bezahlung der Schulden nichts beizutragen, wenn er gleich auf die bestimmte Sache wäre zum Erben eingesetzt worden. Denn nach dem allgemeinen, also auch für die Notherben geltenden Gesetze sind diejenigen, welche unter mehreren Miterben nur auf eine gewisse Sache eingesetzt sind, in Ansehung der übrigen als blose Legatare zu betrachten, und bezahlen daher auch keine Schulden. (Glück, Comm. Bd. 7 S. 108. — l. 13 C. [6. 24].) Eine Ausnahme besteht nach M. M. L. nur im Falle des Tit. VIII. § 20, wo die Notherben gleich den übrigen Vermächtnißnehmern an den Schulden pro rata zu participiren haben. Participiren hier lauter Notherben resp. Pflichttheilsberechtigte, so ist der Fall jenem gleich, in welchem die Schulden von dem Nachlasse abgezogen werden müssen; concurriren aber Pflichttheilsberechtigte mit anderen Erben, so müssen letztere jedenfalls nach Tit. IX. § 11 des M. L. R. den Pflichttheil den ersteren frei lassen.

§ 243.

Von den Rechtsmitteln.

Hat der Testator das Recht seiner Descendenten und Ascendenten nicht gehörig beobachtet, so hat er entweder

1) Dieselben im Testamente übergangen, dann tritt, gleichviel ob sie den Pflichttheil sonst wie erhalten haben, oder nicht, die in der Novelle 115 angeordnete Nullität ein, d. h. die im Testamente enthaltenen Erbeinsetzungen (Institution und Substitution) sind nichtig, die Erbschaft wird dem verletzten Notherben ab intestato deferirt, gerade so, als ob gar kein Testament vorhanden wäre. Die Notherben fordern die Erbschaft mit der hereditatis petitio ab intestato oder sogenannten Nullitätsquerel des neueren Rechtes [1]. Der Kläger braucht daher gemeinrechtlich gar nicht eine Rescission des Testamentes zu erbitten, sondern

---

[1]) Hat eine Enterbung stattgefunden, aber ohne die gesetzlichen Gründe (§ 235 not.), so kann entweder die querela nullitatis, oder die querela inofficiosi testamenti, d. h. die Klage wegen Nichtigkeit des Testamentes, oder die Klage wegen Verletzung der elterlichen resp. kindlichen oder geschwisterlichen Liebe durch das Testament angestellt werden. Erstere ist jedoch nur zuläſſig, wenn auch sonstige Mängel des Testamentes in Frage kommen. Diese Klage dauert 30 Jahre (l. 3. 7. C. [7. 39]), jene erlischt nach 5 Jahren von Antretung der Erbschaft (l. 36 § 2 C. [3. 28]), außerdem durch Anerkennung des Testamentes oder durch den Tod des Enterbten. Auf die Erben des letzteren geht sie nur dann über, wenn derselbe sich

sich nur auf die Richtigkeit desselben zu berufen. Ist die formelle Verletzung des Notherbenrechtes offenbar, so kann er sogleich die Besitzeinweisung fordern, sollte auch der eingesetzte Erbe das petitorium durchführen. Ist aber das Notherbenrecht selbst bestritten, oder wird nur die Wahrheit der im Testament angegebenen Enterbungsursache geläugnet, so muß der im Testament eingesetzte Erbe den Besitz der Erbschaft erhalten.

Den Beweis des Notherbenrechtes hat natürlich der angebliche Notherbe zu führen, den Beweis der Wahrheit der angeführten Enterbungsursache aber der eingesetzte Erbe, weil sich diese wie eine Einrede zur Klage verhält.

Da die Erbeinsetzung ganz nichtig wird, und die Intestaterbfolge sich eröffnet, so treten neben den Notherben auch noch die anderen Intestaterben ein, sollten sie auch im Testamente gültig enterbt, oder gar nicht selbst Notherben sein.

Es hinterläßt z. B. jemand einen Vater und Bruder, und übergeht beide unter Einsetzung einer anständigen Person. Hier hat der Bruder gar kein Recht gegen den Testator, macht aber der Vater sein Notherbrecht geltend, so erbt der Bruder neben ihm.

Alle übrigen im Testamente enthaltenen Dispositionen, also Legate, Fideicommisse, Pupillarsubstitutionen, Vormundsernennungen bleiben aber gemeinrechtlich gültig, und nur der Notherbe kann die ihm selbst hinterlassenen Legate nicht fordern. (l. 5 § 2 D. [37. 5]. Vergl. § 235.)

Da übrigens die Nichtigkeit der Erbeinsetzung nur eine relative ist, so ist auch bei ihrer Beurtheilung nur auf den Zeitpunkt des Todes des Testators zu sehen, und hieraus folgt: a) wenn der Notherbe mit einer nicht in seiner Willkühr liegenden Bedingung eingesetzt, und auch mit der entgegengesetzten Bedingung enterbt ist, so ist doch die Erbeinsetzung gültig, wenn im Augenblicke des Todes die Bedingung erfüllt war. (Franke, Noth. Erbr. S. 385); b) wenn der verletzte Notherbe vor dem Testator stirbt, so ist das Testament gültig.

2) Hat der Testator zwar das Notherbenrecht beachtet, aber den Pflichttheil nicht hinterlassen, dann hat er entweder a) den Notherben gültig ausgeschlossen, und dieser hat dann gar keine Rechtsmittel gegen das Testament, oder b) er hat den Notherben zwar eingesetzt, aber ihm nicht den ganzen Pflichttheil hinterlassen, dann hat der Notherbe nur die Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles. (M. L. R. Tit. IX. § 4.) Von einem Wahlrechte des theilweise Verletzten zwischen der Umstoßung des Testamentes und der Ergänzungsklage ist hier keine Rede, vielmehr M. L. R. deutlich ausgesprochen, daß demselben nur ein Anspruch auf Ergänzung zustehe, und die Worte „so kann annoch begehrt werden" bedeuten nur, daß der Richter nicht ex officio, sondern nur nach

---

schon bei Lebzeiten damit gemeldet hat. (l. 6 § 2. l. 7 D. [5. 2] l. 34. 36 § 2 C. [3. 28].)

Beide Klagen werden gegen die im Testamente eingesetzten Erben gerichtet, soferne sie die Erbschaft angetreten haben, l. 8 § 10 D. (5. 2). Wurde die Erbschaft von den eingesetzten Erben ausgeschlagen, so wird auch die Klage bedeutungslos, weil mit dem Testament auch die Enterbung hinfällig wird. Außerdem bezwecken beide Klagen Aufhebung des Testamentes, und Wiederherstellung der Intestaterbfolge.

Antrag des Verletzten auf Ergänzung des Pflichttheiles erkennen dürfe. (A. G. E. vom 6. April 1853 Nr. 4813); c) hat der Testator zwar den ganzen Pflichttheil hinterlassen, aber nicht unbedingt, oder nicht sogleich, oder mit Auferlegung von Lasten, so daß nicht der ganze Pflichttheil übrig bliebe, dann sind alle diese Bestimmungen, soweit sie den Pflichttheil schmälern, so ungültig l. 32 C. (3. 28), als wenn nichts dergleichen im Testamente hinzugefügt wäre. Ist z. B. der Nießbrauch an der ganzen Erbschaft des Notherben vermacht, so ist der Pflichttheil vom Nießbrauch frei. (M. L. R. IX. § 11.)

Die Praxis gestattet jedoch (nach dem Gutachten eines italienischen Rechtlehrers Socinus † 1556) den Pflichttheil in der Weise zu beschweren, daß man dem Erben etwas mehr als den Pflichttheil hinterläßt, und daß er dann eine bestimmte Last ganz erfüllen muß. (Cautela Socini. — Franke, Noth=E.=R. S. 245—54.)

Durch die querela inofficiosi testamenti, resp. durch das deren Begründung aussprechende Urtheil, wird das Testament, welches bis dahin als formell gültig zu Recht besteht, so weit aufgehoben, als es der rechtlich begründete Antrag des Klägers auf seinen Intestaterbtheil mit sich bringt; denn wer nur auf seinen Theil klagen darf, der kann das ganze Testament nicht anfechten. Die gänzliche Rescission tritt nur dann ein, wenn alle Notherben ausgeschlossen und zu der Klage berechtigt waren, oder wenn ein einzelner Erbe auf die ganze Erbschaft rechtmäßigen Anspruch machte. In diesem Sinne muß die Bestimmung des M. L. R. Tit. IX. § 4 Abs. 1 ausgelegt werden, weil sich nur diese Auslegung mit dem römischen Rechte verträgt. (l. 16 pr. D. [52].) Hat nur einer unter mehreren Erben das Testament umgestoßen, so erscheint er als Intestaterbe neben den Testamentserben, und haftet verhältnißmäßig den Erbschaftsgläubigern.

Wurde das ganze Testament umgestoßen, so treten durch den Umstand, daß jetzt die Intestaterbfolge eröffnet ist, die nächsten Intestaterben in die Erbschaft, gleichgültig ob sie selbst das Testament umgestoßen haben, oder entferntere Intestaterben, weil etwa die näheren zur Zeit des Prozesses nicht bekannt waren. (l. 6 § 1 D. [5. 2].) Hat nur ein Erbe das Testament theilweise umgestoßen, so behält er die, wenn gleich aus einem Irrthum ihm zugesprochene Erbschaft. (l. 25 § 1 D. [5. 2]. — Franke a. a. O. S. 298 ff.)

Die Wirkungen der Codicillar=Clausel auf ein umgestoßenes Testament sind bereits erörtert.

Titulus X.

Von Substitutionen oder Unter-Erb-Einsetzungen.

§ 1.

Den Erben können ein oder mehrere Erben substituirt werden.

„Dieweilen sich öfters ergibt, daß einer, so ein Testa-„ment machet, besorget, es möchte derjenige, welchen er zum „Erben eingesetzet, entweder seinen Todts-Fall nicht erleben, „oder die Erbschaft nicht annehmen, so kann derselbe seinem „eingesetzten Erben noch einen oder mehrere andere substituiren, „oder nachsetzen, welche in solchem Fall an dessen Platz ein-„treten, oder auch, wann er mehrere Erben einsetzet, als „einen, so kann er selbige entweder sämmtlich, oder einen „dem andern substituiren, oder zu Nacherben einsetzen."

§ 2.

Wie die einander nachgesetzte succediren.

„Es mag auch ein Testator sofort seinem substituirten „oder nachgesetzten Erben ferner weit einen oder mehrere „wieder nachsetzen, und sich so vieler Grad der Nachsetzung „gebrauchen, als er will, jedoch succediren alsdann die nach-„gesetzte Erben ehender und in solang nicht, bis daß keiner von „den vorgesetzten Erben die Erbschaft angetreten habe, oder „antretten können."

§ 3.

Wie ein Vater, auch worüber er substituiren könne.

„Es mag auch ein Vater, Alt- oder Uralt-Vater seinen „Kindern, Enkeln oder Urenkeln, und sofort, wann sie noch „in Pupillari aetate seind; das ist, wann die Söhne, Enkel „oder Urenkel noch keine 14, die Töchter, Enkelinen oder „Urenkelinen aber noch keine 12 Jahre vollkommen erreicht „haben, mithin ein Testament zu machen nicht fähig sind, „oder auch, wann sie, ohne von diesen ihren Eltern und „Großeltern Erb zu sein, versterben würden, einen oder „mehrere Erben substituiren, und zu After- oder Nacherben „setzen, und zwar nicht allein in allem dem, was die Kinder,

„Enkel oder Urenkel von ermelten ihren Vätteren oder Groß-
„oder Ur-Großvätteren ererben, sondern auch, was sie von
„ihrer Mutter Linie und sonsten her ererbet und acquiriret
„hätten, oder noch bekommen werden."

§ 4.

Ein Mutter, Groß- und Urgroßmutter kann substituiren, aber über was.

„Diesen nemblichen Gewalt, pupillariter zu substituiren,
„wollen wir auch, obschon in denen kaiserlichen Rechten ein
„Anderes versehen ist, denen Müttern, Groß- und Urgroß-
„Müttern ertheilen, jedoch nur allein in denjenigen Gütern,
„welche von ihnen herkommen, und welche sie dem Pupillen,
„im Testament hinterlassen."

§ 5.

Deren blödsinnigen Kinder Substitution endigt sich mit dem Defekt.

„Eben also mögen die Eltern ihren blödsinnigen Kindern
„einen oder mehrere zu Nacherben einsetzen, oder substituiren,
„welche Substitutio aber alsdann aufhöret, wann sothane
„blödsinnige Kinder wieder zu dem erforderlichen Verstand
„kommen."

---

§ 244.

Begriff und Arten der Substitution.

Im Allgemeinen ist die Substitution ein Rechtsgeschäft, wodurch jemand an die Stelle eines Andern gesetzt wird. Eine besondere Bedeutung hat aber die Substitution im Erbrechte. Hier versteht man darunter die Anordnung des Erblassers, daß sein Nachlaß oder ein Theil desselben bestimmten Personen nach Anderen zukommen soll, welchen er zuerst bestimmt ist.

Dieses kann sowohl bezüglich der Erben, als bezüglich der Vermächtnißnehmer geschehen, und der Grund dieser aus dem römischen Rechte entnommenen Einrichtung liegt, wie auch das M. L. R. in Tit. X. § 1 anführt, darin, daß der Besorgniß des Testators, es könnte oder wollte der eingesetzte Erbe die Erbschaft oder der Legatar das Vermächtniß nicht antreten, weil er z. B. entweder selbst vor dem Testator stirbt, oder die Erbschaft ausschlägt, ein Auskunftsmittel geboten werde.

Zur Wirksamkeit einer Substitution der Erben ist immer nothwendig, daß der zunächst Ernannte nicht zur Erbschaft gelangt. Sobald der erste Erbe den Nachlaß antritt, ist die Substitution erloschen.

Das gemeine Recht kennt verschiedene Arten von Substitutionen:

1) Die Ernennung eines anderen direkten Erben für den Fall, daß der erste nicht Erbe werden will oder nicht Erbe werden kann. (substitutio vulgaris) — Vulgarsubstitution. — Gajus II. 174—178. — Ulpian XXII. 33. 34. — Paulus III. 4, B. § 4. 5. — Inst. II. [2. 15]. — Dig. [28. 6]. — Cod. [6. 25].

2) Die Ernennung eines anderen Erben für das der väterlichen Gewalt unterworfene Kind durch ein Testament des Vaters, falls das Kind im Alter der Unmündigkeit sterben sollte (substitutio pupillaris — Pupillarsubstitution).

3) Die Ernennung eines Erben für ein wahnsinniges Kind durch einen Ascendenten für den Fall dasselbe im Zustande des Wahnsinnes sterben sollte (substitutio quasi pupillaris).

4) Bei Erbschaften und Vermächtnissen ist eine (fideicommissarische) Substitution auch in dem Sinne möglich, daß Mehrere nach einander denselben Gegenstand haben sollen, indem demjenigen, dem er zuerst gegeben ist, auferlegt wird, ihn zu irgend einer Zeit, gewöhnlich nach seinem Tode, einem Andern zu überlassen.

Eine Art solcher Substitutionen sind die Familienfideicommisse, wodurch den Angehörigen einer Familie bestimmte Objekte erhalten werden sollen.

§ 245.

1) Von der Vulgarsubstitution.

Die Vulgarsubstitution, welche in Tit. X. § 1 u. 2 des M. L. R. behandelt wird, ist nichts Anderes, als eine weitere Erbeinsetzung zu dem eigenen Nachlaß des Testators; daher gelten über ihre Errichtung und über die Erbfolge der Substituirten dieselben Grundsätze wie von jedem direkten Erben, sie muß daher in einem Testamente geschehen; geschieht sie in einem Codicill, so ist sie keine directe, sondern eine fideicommissarische Substitution. (l. 76 D. [36. 1.] Nur in dem untergeordneten, secundären Verhältnisse des Substituirten zu dem zunächst Eingesetzten liegt das Besondere dieser Verfügung.

Im Allgemeinen ist vorauszuschicken: Der substituirte Erbe tritt ein, sobald der zunächst ernannte Erbe hinwegfällt, d. h. weder selbst die Erbschaft erwirbt, noch dieselbe auf seine eigenen Erben überträgt (transmittirt).

Jede Vulgar- und fideicommissarische Substitution ist daher eine bedingte Erbeinsetzung, d. h. das ursprünglich eventuelle Recht auf die Erbschaft wird erst durch das Hinwegfallen des nächsten Erben deferirt. Nach diesem Zeitpunkte ist auch die Erbfähigkeit des Substituten zu beurtheilen. Die Erbfolge unter den Substituten regelt sich nach den Gesetzen des Wohnortes des Erblassers, denn es ist anzunehmen, daß dieser jene Gesetze im Sinne gehabt habe. Die entgegengesetzte Ansicht würde, wenn die Substituten unter verschiedenen Gesetzen stehen, Verwirrungen veranlassen.

Der Substituirte erwirbt ferner Alles, was dem zunächst eingesetzten Erben angeboten war, sofern er nach dem Willen des Testators nicht weniger erhalten soll.

Im Besonderen ist Folgendes zu bemerken:

I. Da das Wegfallen des eingesetzten Erben aus einem doppelten Grunde stattfinden kann, entweder weil er nicht Erbe werden will (casus noluntatis), oder nicht Erbe werden kann (casus impotentiae), so ist auch das Eintreten des Substituirten in beiden Fällen denkbar.

Hat nun der Testator entschieden nur für den **einen** Fall substituirt, so tritt der Substituirte auch nur in diesem Falle ein; hat er dagegen nur einen allgemeinen Ausdruck gebraucht, welcher auf beide Fälle geht, so tritt der Substituirte auch in beiden Fällen ein. Wenn aber der Testator nur den einen Fall erwähnt hat, und dabei die Absicht des Testators **zweifelhaft** ist, so hat die Praxis angenommen, daß der Substituirte in beiden Fällen eintreten soll. Ein Gesetz ist freilich nicht dafür, vielmehr könnte man für das Gegentheil die l. 10 D. (28. 2) anführen; jedenfalls leidet es keinen Zweifel, daß die Regel der immerhin zweifelhaften Praxis hinwegfallen muß, wenn aus den Umständen zu erkennen ist, der Testator nur habe das Eine **oder** das Andere gewollt. (l. 101 pr. D. [35. 1.] — Thibaut § 834 [1]).

II. Der Testator kann mehrere Grade der Institution anordnen, M. L. R. Tit. X. § 1 — woraus folgende gesetzliche Bestimmungen fließen:

1) Wenn A dem B, B dem C und C dem D substituirt wird, so ist der C und D auch dem A und B substituirt, und der Entferntere tritt daher ein, wenn die vor ihm Eingesetzten weggefallen sind, gleichviel wer von den Voreingesetzten zuerst hinweggefallen ist. (l. 69 D. [29. 2].)

Diese Rechtsregel drücken die Juristen so aus: Der Substituirte ist dem Substituirten gleichwie dem Eingesetzten substituirt (substitutus substituto etiam est substitutus instituto.)

2) Wenn ein Miterbe einem Erben substituirt ist (M. L. R. X. § 1), und es wird ihm ein Substitut gegeben, so ist dieser zweite Substitut auf die Portion der beiden Erben substituirt.

Wenn z. B. A auf 1/2, B. auf 1/4 und C auf 1/4 eingesetzt sind, dem A ist aber der B und dem B der D substituirt, so kommt, sobald der B hinwegfällt, sein 1/4 auf D, und wächst nicht den übrigen Erben an. Fallen A und B hinweg, so ist D auf die Theile beider, also auf 3/4 der Erbschaft, berufen. (l. 27 D. [28. 6].)

Wird aber mehreren Erben nur **ein** Notherbe gesetzt, so muß der Testator diesen jedem Erben substituiren, und dabei das Anwachsungsrecht verbieten, sonst wird vermuthet, der Testator habe das Gegentheil gewollt; wenn dann der eine Erbe nicht Erbe sein will, oder nicht Erbe sein kann, fällt dessen Theil nicht dem Notherben, sondern durch das Anwachsungsrecht den Miterben zu, da durch den Antritt eines Erben die Substitution erlischt. (l. 42 D. [28. 6]).

III. **Einem** Eingesetzten können **Mehrere** zu gleichen oder ungleichen Theilen substituirt werden, so wie umgekehrt für **mehrere** Eingesetzte **Einer** oder Mehrere als Substitute ernannt werden können (l. 36 § 1 D. [28. 6] § 1 J. [2. 15]), und zwar das letztere so, daß

---

[1]) Anderer Ansicht ist Mühlenbruch in Glück Com. Bd. 40 S. 301 ff. — welcher es bedenklich hält, aus einer Substitution im Falle des Nichtwollens auf den Fall des Nichtkönnens einen Schluß zu ziehen, da die Voraussetzung viel näher liege, daß ein Testator, welcher die Intestaterben durch einen Substituten auf alle Fälle ausschließen wollte, dieses durch einen allgemeinen Ausdruck, z. B. wenn A mein Erbe nicht werden sollte, soll B mein Erbe sein, zu erkennen geben werde, als durch spezielle Bezeichnung eines Falles, wodurch er fast von selbst auf den Gedanken geführt werden mußte, daß es denn doch noch andere Möglichkeiten gebe, welche den Erwerb der Erbschaft von Seite des eingesetzten Erben verhindern könnten.

die Substitution auf jeden einzelnen Eingesetzten insbesondere, oder so, daß sie auf alle Eingesetzte zu beziehen ist. Im letzteren Falle tritt die Substitution erst alsdann in Wirkung, wenn keiner der Eingesetzten Erbe wird, und wird somit durch das Anwachsungsrecht der Miterben ausgeschlossen; im anderen Falle geht das Recht der Substituten den Miterben vor.

IV. Auch Eingesetzte können andern Eingesetzten, und sodann auch alle Eingesetzte einander gegenseitig substituirt werden (substitutio reciproca) § 1 J. [2. 15], l. 4 § 2, l. 23 D. [28. 6].)

In diesem Falle erben sie als Substituten, wenn der Erblasser nichts Anderes bestimmt hat, wie als eingesetzte Erben. Es wird angenommen, daß man bei der Substitution dieselben Antheile gegeben habe, welche man bei der Einsetzung genannt hat. (§ 2 J. [2. 15], l. 24. 41 § 1. 4 D. [28. 6], l. 5 C. [6. 25]).

Ist ihnen aber noch ein anderer Nacheingesetzter beigefügt, so ist für diesen vorerst ein Kopftheil der Substitutionsportion auszuscheiden, und das Uebrige unter jene nach Verhältniß ihrer Institutionsportionen zu vertheilen. (l. 32 D. [28. 6].)

V. Ist jemand zugleich instituirt und einem Miterben substituirt, oder von verschiedenen eingesetzten Erben jedem besonders substituirt, so ist er demjenigen gleich, welcher sonst irgendwie auf verschiedene Erbtheile, auf den einen bedingt, auf den andern unbedingt, oder auf den einen unter dieser, auf den andern unter jener Bedingung eingesetzt ist. (l. 27 pr., l. 33. 59 § 6 D. [28. 6].) Es werden daher bei der Berechnung der Falcidischen Quart (§ 256) alle Erbtheile, welche jener wirklich erwirbt, zusammengeworfen, und als ein Ganzes betrachtet. (l. 1 § 13, l. 87 § 4. 5. 8 D. [35. 2].)

VI. Derjenige, welcher als Instituirter die Erbschaft angetreten hat, erwirbt, sobald sein Substitutionsfall eintritt, von selbst auch den Erbtheil des Miteingesetzten, dem er substituirt ist. (l. 35 D. [29. 2].) Deßgleichen ist der auf einen Theil bedingt, auf einen andern Theil unbedingt Eingesetzte nach Annahme des letzteren durch Erfüllung der Bedingung von selbst auch für den anderen Theil Erbe (l. 53. 76 D. [29. 2]), jedoch unter der Voraussetzung, daß er auch den Substitutionsfall, nämlich das Wegfallen des Miteingesetzten erlebe, weil ihm nur dann vermöge der Substitution dessen Erbtheil deferirt ist. (l. 81 D. [29. 2], l. 23. 45 § 1 D. [28. 6]).

VII. Derjenige, welcher als Eingesetzter die Erbschaft abgelehnt hat, kann auch nicht mehr als Substitut die Erbschaft antreten, wenn gleich erst später der Miteingesetzte, welchem er substituirt ist, hinwegfällt. Dieses versteht sich von selbst, wenn die Substitution zugleich ausdrücklich durch den Erwerb der Institutionsportion bedingt ist, und bei wechselseitiger Substitution der eingesetzten Erben wird dieses in der Regel stillschweigend vermuthet, und als gewollt angenommen. (l. 23 in f. D. [28. 6], l. 41 § 4 D. [28. 6]).

Aber auch in anderen Fällen muß dasselbe als Regel gelten, da sogar derjenige, welcher als Eingesetzter des Vaters Erbschaft abgelehnt hat, auch nicht als Pupillarsubstitut mittelbar wieder zur väterlichen Erbschaft gelangen soll. (l. 10 § 4 D. [28. 6], l. 35 pr. in f. D. [29. 2], l. 20 C. [6. 30].)

Solange der eingesetzte Erbe noch zur Erbschaft gelangen kann, tritt der Substitut nicht ein [1]). Der Nacherbe kann daher die Erbschaft nicht früher verlangen, als bis der eingesetzte Erbe ausgeschlossen ist. Dazu gehört, daß es feststehe, daß weder der eingesetzte Erbe selbst, noch durch ihn, oder anstatt seiner vermöge seiner Einsetzung ein Notherbe die Erbschaft erhalte. Ist dieses entschieden, so kommt die Erbschaft, gerade so, wie sie dem ersten Erben bestimmt war, an den Nacherben, oder, wenn auch dieser hinwegfallen sollte, an den weiteren Substituten. Es werden hiedurch verschiedene Abstufungen gebildet, ähnlich wie bei der Intestaterbfolge. (l. 69 D. [29. 2], pr. J. [2. 15]).

Tritt der Vorerbe die Erbschaft an, so wird dadurch jeder Notherbe ganz ausgeschlossen. (l. 7 pr. D. [29. 2].) Stirbt der Vorerbe nach seinem Antritt, so vererbt er die Erbschaft nicht mehr auf die Substituten, sondern auf seine eigenen Erben.

Die Substitution ist hiernach eine Erbeinsetzung unter einer schwebenden Bedingung, und der Substitut kann den provisorischen Besitz der Erbschaft verlangen, vorausgesetzt, daß dem nicht der Antritt des Vorerben entgegenwirkt. (l. 6. 10 D. [37. 11], l. 2 § 4 D. [37. 11].)

Ist der Vorerbe bedingt eingesetzt, so kann der Nacherbe zur Sicherstellung seines Rechtes Caution verlangen (l. 8 D. [46. 5], l. 12 D. [2. 8], ebenso kann der Nacherbe, — wenn er sich nicht um den Nachlaßbesitz bewirbt, oder der Vorerbe mit dem Antritt der Erbschaft zögert, oder die Bedingung nicht erfüllen kann, — verlangen, daß dem Vorerben eine Frist zur Erwerbung oder Antretung der Erbschaft vorgestreckt werde (l. 69 D. [29. 2], l. 23 § 1 D. [28. 5], l. 3 § 13 D. [37. 4]).

§ 246.

Wegfall der Vulgar-Substitution.

I. Durch den Vorerben hört das Recht des Substituten auf, wenn, wie schon bemerkt, ersterer für sich oder einen Andern die Erbschaft erwirbt und durch das Transmissionsrecht auf seine Erben überträgt. Gibt jedoch der Vorerbe sein Recht, aus dem Testamente zu erben, auf, so tritt stets der Substitut ein, selbst wenn er damit, auf sein Intestaterbrecht zu verzichten, nicht die Absicht hatte. (l. 3 C. [6. 24].)

II. Aus Gründen, welche die Person des Nacherben betreffen, erlischt die Substitution, wenn derselbe vor dem Eintritte des Substitutionsfalles stirbt, oder sonst seine Erbfähigkeit verliert, was auch für die Bedenkzeit des Vorerben gilt. (l. 45 § 1 D. [28. 6], l. 9 D. [38. 16], l. 6 § 2, l. 49 D. [28. 5].)

---

[1]) Stirbt der Erbe während der Bedenkzeit, so wird von einigen Juristen die Erbschaft dem Nacherben zugesprochen, andere hingegen nehmen an, daß die Erben des Vorerben innerhalb der noch übrigen Bedenkzeit das Recht behalten, die Erbschaft anzutreten. (Struvius exercit. ad Pand. exerc. 33 d. th. 17. — Müller, p. 748. — Stryk de test. C. 18 m. 1 § 21.) Die Frage ist nach den Regeln der Transmission während der Bedenkzeit zu entscheiden (vergl. M. L. R. Tit. XV. § 1. 4 — [§ 287]). Bezüglich der Kinder steht unter allen Umständen fest, daß diese die ihnen zugefallene Erbschaft mit Ausschluß des Substituten auf ihre Erben übertragen, weil sie einer förmlichen Antretung nicht bedürfen. (l. u. § 5. 13 C. [6. 50]).

Daß der Nacherbe auf seine Substitution verzichten kann, versteht sich von selbst, und ebenso, daß ein Verzicht vor dem Eintritt des Substitutionsfalles wirkungslos ist. (l. 13 § 2 D. [29. 2].)

§ 246 a.

Von der Pupillarsubstitution.

Das Recht, den Kindern Nacherben zu ernennen, ist nach römischem Rechte ein Ausfluß der väterlichen Gewalt und daher dort auch nur dem Vater und den väterlichen Ascendenten eingeräumt gewesen. Das Abnorme dieser Einrichtung liegt darin, daß der Vater nicht wie bei der Vulgarsubstitution über eigenes, sondern über fremdes, nämlich über das ganze Vermögen seiner Kinder verfügen darf. Diese Anomalie läßt sich nur aus der väterlichen Gewalt erklären. Das M. L. R. hat, diesen Bestimmungen folgend, das Recht der Pupillarsubstitution durch den Vater eigens in § 3 Tit. X. behandelt, und auf alles Vermögen ausgedehnt, welches die Kinder von wem immer, sei es vom Vater oder der Mutter oder von Fremden, erhalten haben. Es ist dieses der einzige Punkt, in welchem der Einfluß der römischen väterlichen Gewalt, im Gegensatz zu der elterlichen Gewalt des M. L. R., auf die Vermögensrechte der Kinder mit Schärfe hervortritt, und den Rechten des Vaters gegenüber den Rechten der Mutter (Tit. X. § 4) besondere Zugeständnisse macht (vergl. § 115.)

Der Grund der Pupillarsubstitution liegt in dem Bestreben, der aktiven Testamentsunfähigkeit der Kinder während ihrer Unmündigkeit abzuhelfen, und dafür zu sorgen, daß ihr Vermögen in die rechten Hände gelange, wenn sie während dieser Unmündigkeit sterben sollten, d. h. die Pupillarsubstitution ist im Grunde nichts Anderes, als ein für das testirunfähige Kind errichtete Testament, obgleich sich die Einzelheiten der Pupillarsubstitution leichter und consequenter erklären lassen, wenn man den ursprünglichen Grundgedanken festhält, daß der Vater, indem er seinem Notherben einen Erben ernennt, für sich selbst einen Nacherben bestimmt, und daß die Pupillarsubstitution nur eine modificirte Vulgarsubstitution ist. Nur in einem Punkte weicht das M. L. R. vom gemeinen Rechte ab, nämlich darin, daß es nach § 4 auch der Mutter und den mütterlichen Ascendenten gestattet, für ihre Kinder bezüglich jener Vermögenstheile Nacherben zu ernennen, welche von mütterlicher Seite herstammen, und von dieser Linie durch Testament den Kindern hinterlassen sind. Es liegt hierin ein weiterer Beweis (vergl. § 164 C.), daß das M. L. R. nicht blos eine väterliche, sondern auch eine elterliche Gewalt der Mutter zum Principe nimmt. (Heineccii, elem. jur. germ. l. 2 § 212.) (Gleiche Bestimmungen enthalten das Oberpfälzer L. R., Trierer L. R., Nürnberger Reform., Frankfurter Reform. Thl. IV. Tit. 4 § 5.) Alle übrigen Vermögenstheile der Kinder fallen deren Intestaterben zu, was nach M. L. R. um so weniger einem Anstande unterliegt, als der gemeinrechtliche Satz, daß niemand theils mit, theils ohne Testament versterben kann, in Tit. VIII. § 19 aufgehoben ist.

Haben die Ascendenten von mütterlicher Seite kein Testament zu Gunsten der Kinder errichtet, so können sie über das den letzteren ab

intestato von ihnen zufallende Vermögen nicht durch Substitution verfügen, außerdem aber auch in keinem Falle über das sonstige Vermögen der Kinder.

Aus dem gemeinen Rechte sind hierher folgende Bestimmungen zu ergänzen:

1) Die Pupillarsubstitution gilt nur für Kinder, welche (gemeinrechtlich wirklich unter elterlicher Gewalt stehen [1]), und) vor dem Tode der testirenden Eltern das Alter der Mündigkeit (Knaben das 14. und Mädchen das 12. Lebensjahr) nicht zurückgelegt haben. (l. 2 pr. D. [28. 6].)

2) Obwohl auch für Enkel und Urenkel rc. diese Substitution Anwendung findet, so dürfen doch deren Väter nicht mehr am Leben sein. Ist dieses der Fall, so können den Eltern die Enkel resp. Kinder nur dann zu Nacherben ernannt werden, wenn die Eltern selbst entweder zu Erben eingesetzt oder gültig enterbt sind, da sonst die letzteren das Testament umstoßen können. (l. 2 D. eod.)

3) Diese Substitution kann nur in einem Testamente als Pupillarsubstitution vorgenommen werden, weil sie eine Erbeinsetzung enthält, und zwar eine doppelte, nämlich jene des Kindes, und die seines Nacherben (§ 4 J. [2. 15] l. 1 § 3, l. 2 § 1. 4. D. [28. 6].) Die in einem Codicill angeordnete Pupillarsubstitution wird, insoferne nur der Vater seinen Erben durch ein Testament eingesetzt hat, als Universalfideicommiß aufrecht erhalten, und zwar in der Weise, daß der Intestaterbe des Unmündigen als Fiduciar, und der Tod des Unmündigen als der Tag der Erwerbung des Fideicommisses erscheint. (l. 76. D. [36. 1].)

4) Der Vater kann nicht blos seinen zu Erben eingesetzten unmündigen Kindern substituiren, sondern auch den gültig enterbten unmündigen Kindern. Daher fällt, wenn der Unmündige aus Erbschaften, Vermächtnissen oder Schenkungen von Verwandten und Freunden etwas erworben hat, durch die Substitution Alles den Notherben zu. (§ 4 J. [2. 16]. — l. 1 § 2. l. 10 § 5 D. [28. 6].)

5) Die Substitution erlöscht, sobald das Kind mündig wird, und sie kann auch nicht über das 14. resp. 12. Lebensjahr des Kindes ausgedehnt werden l. 21. 38. § 1. 2 D. (28. 6). Eine Aufrechthaltung als Fideicommiß ist nur dann zuläſſig, wenn dieses die Eltern ausdrücklich verfügt haben. (§ 9 J. [2. 16].)

---

[1]) Großeltern können daher nur dann pupillariter substituiren, wenn die Pupillen sich in ihrer Gewalt befinden, weil diese Substitutionsart eine Wirkung der väterlichen resp. elterlichen Gewalt ist (l. 41 § 2 D. (28. 6). — pr. J. (2. 16). Da übrigens nach M. L. R. Tit. VII. § 3 sowohl, als nach allgemeiner Gewohnheit in Deutschland die Kinder durch Heirathen, oder durch Begründung eines eigenen Hausstandes von der elterlichen Gewalt sich losmachen, und also deren Kinder als Enkel niemals in die großelterliche Gewalt kommen, sondern den Großeltern nach des eigenen Vaters Tod an den Gütern der Enkel weiter nichts zusteht, als deren Güter in der Eigenschaft als gesetzliche Vormünder zu verwalten (M. L. R. Tit. V. § 1), so kann eine Pupillarsubstitution der Großeltern nach M. L. R. nicht so stattfinden, wie nach römischem Rechte, da der Grund, aus welcher sie im gemeinen Rechte fließt, mangelt, und weil auch gemeinrechtlich einem aus der väterlichen Gewalt entlassenen Sohne kein Nacherbe gesetzt werden konnte. (l. 2 pr. D. [28. 6].)

Obgleich man daher annehmen muß, daß das M. L. R. in diesem Punkte dem römischen Rechte gedankenlos nachgeschrieben worden ist, so besteht doch einmal die klare Anordnung, daß auch Großeltern ihren Enkeln substituiren dürfen.

6) Stirbt der Substitut vor dem Pupillen, so kann er natürlich dessen Erbe nicht werden. Stirbt aber der Pupille vor dem Testator, so kann der Substitut succediren, wenn in der Pupillarsubstitution ausdrücklich oder stillschweigend die Vulgarsubstitution enthalten ist, wofür die gesetzliche Vermuthung streitet l. 4 D. (28. 6). Ist es ungewiß, ob der Vater vor dem Kinde gestorben sei, so wird dieses vermuthet. (Bayr. G. O. cap. 12. § 2 nr. 10 und Anm.) Auch wird die Substitution dann wirkungslos, wenn das Testament der Eltern ganz umgestoßen wird, oder wenn der Notherbe zugleich als Miterbe des Vaters ernannt war, und als solcher nicht zur Erbschaft gelangt ist. (l. 10 § 3 D. [28. 6].)

§ 247.

Von der Quasi-Pupillarsubstitution.

Die Quasi-Pupillarsubstitution unterscheidet sich von der gewöhnlichen Pupillarsubstitution gemeinrechtlich und nach Tit. X. § 5 des M. L. R. dadurch, daß es sich bei ersterer um die Ernennung von Nacherben für ein blödsinniges oder diesen rechtlich gleich zu achtendes wahnsinniges Kind handelt, und daß die Wirkung sich auf die ganze Dauer dieses Zustandes erstreckt [1]), ebenso wie bei der eigentlichen Pupillarsubstitution auf die Dauer der Unmündigkeit. Dieses Institut kann als auf einem Specialgesetze beruhend, auf jene Kinder, welchen wegen Verschwendung die Testirfähigkeit durch Curatelstellung entzogen ist, nicht ausgedehnt werden. (Archiv für Civ. Praxis Bd. II. S. 344. — Thibaut P. R. § 840 nr. 2.) Erlangt das Kind seine Vernunft, so hört die Wirkung der Substitution auf.

Nachdem das M. L. R. in Tit. X. § 5 übereinstimmend mit § 1 J. (2. 16) erklärt, daß die Eltern „ebenso“ ihren blödsinnigen Kindern substituiren können, so müssen die Bestimmungen in den §§ 3 und 4 auch hierher bezogen, und die gemeinrechtliche Controverse über den Umfang der Quasi-Pupillarsubstitution dahin entschieden erachtet werden, daß die väterlichen Ascendenten über das gesammte Vermögen des blödsinnigen oder wahnsinnigen Kindes substituiren können, während der Substitut bezüglich des von den mütterlichen Ascendenten erworbenen Vermögens nur auf jene Bestandtheile Anspruch hat, welche in einem Testamente der Mutter oder eines mütterlichen Ascendenten hinterlassen worden sind.

Hat das blödsinnige Kind Notherben, so dürfen diese, wie es selbst, im Pflichttheile nicht verkürzt werden (Glück 41 S. 3), und diese Substitution erlischt vollständig, wenn solchen verheiratheten Geisteskranken ein Kind geboren (l. 43 pr. D. [28. 6]), oder das Testament umgestoßen wird § 5 J. (2. 16), oder wenn der nachgesetzte Erbe vor dem eingesetzten Haupterben stirbt (l. 59 § 6 D. [28. 5]). Da die Quasi-Pupillarsubstitution das Recht verleiht, zu einem ganz fremden Vermögen

---

[1]) Das Aufhören dieses Zustandes muß von demjenigen, welcher sich darauf beruft, gehörig bewiesen werden (l. 18 § 1 D. (41. 2). Hört die Geisteskrankheit zwar auf, kehrt aber wieder, ohne daß das Kind inzwischen ein Testament errichtet hat, so bleibt die Substitution in Kraft, weil anzunehmen ist, das Kind habe dieselbe gebilligt. (Stryk de tr. § 21.)

Erben zu ernennen, also eine ganz außerordentliche Anomalie in sich schließt, so sind auch die Bestimmungen darüber strengstens auszulegen, und ist insbesondere festzuhalten, daß der Pflichttheil der Notherben durch keine Substitution verletzt werden darf. (l. 9 C. [6. 26].)

§ 248.

Von der fideicommissarischen Substitution.

Die fideicommissarische Substitution besteht darin, daß dem Erben oder Legatar die Pflicht auferlegt wird, das ihm Vermachte Anderen zurückzuerstatten. Diese Anordnung setzt voraus, daß die Erbschaft dem ersten Erben oder Legatar wirklich angefallen war, und daß er sie angenommen hatte; es geht also dabei keine eigentliche Substitution, sondern nur eine Restitution vor, weil die Substitution voraussetzt, daß der Vorerbe nicht Erbe wird [1]).

Diese Substitutionen waren Anfangs nach l. 88 § 15 D (31) ins Unendliche und auf ewige Zeiten erlaubt, in der Nov. 156 wurden sie jedoch auf vier Grade oder Generationen beschränkt. Im französischen Rechte Cod. Nap. art. 896 sind sie ganz abgeschafft und verboten.

Die fideicommissarische Substitution ist im Allgemeinen der direkten Substitution entgegengesetzt, und bezieht sich auf jene Fälle, in welchen der Erblasser sich selbst einen Erben, und diesem einen Nacherben ernennt. Der Wirkung nach ist der direkte Substitut eigentlicher und unmittelbarer Erbe des Erblassers, weil der Vorerbe hinweggefallen sein muß, bis der Nacherbe zur Erbschaft gelangt, der fideicommissarische Nacherbe ist aber nur Vermächtnißnehmer, und sein Recht wird nur durch den Vorerben vermittelt. (l. 57 § 2 D. [36. 1].)

Wegen dieser Verschiedenheit der Wirkungen sind auch die Bedingungen der direkten und fideicommissarischen Substitution verschieden, denn bei der ersteren muß der Vorerbe vor dem Erbschaftserwerbe hinweggefallen sein, bei der letzteren muß aber der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem Testamente erworben haben, weil es sonst an einer Person fehlt, durch welche die Vermächtnisse vermittelt werden können. Hier fällt also die Substitution selbst hinweg, wenn der Vorerbe nicht erwerben kann, oder die Erbschaft nicht erwerben will. (l. 181 D. [50. 7].)

Bei unbestimmten und zweifelhaften Ausdrücken des Testamentes kann es daher von großer Wichtigkeit sein, welche Art der Substitution der Testator gewollt hat. Das Testament muß dann so ausgelegt werden, wie es am wahrscheinlichsten ist l. 24. 25 D. (34. 5), um so mehr,

---

[1]) Eine fideicommissarische Substitution ist z. B. vorhanden, wenn ein Erblasser seine Ehefrau zur Erbin einsetzt, und dabei verfügt, daß seine Geschwister das Vermögen erhalten sollen, welches die Erbin seiner Zeit bei ihrem Tode hinterlassen werde. Mit dem Tode des Erblassers ist hier der Anfall des Fideicommisses geschehen — dies cedit —, nach dem Tode der Gattin (Fiduciarin) ist es aber erst fällig geworden — dies venit — (vergl. § 254). Es ist hier kein als Bedingung zu behandelnder unbestimmter Tag des Anfalles gegeben, sondern nur der Tag der Entrichtung hinausgeschoben. (l. 46 D. [36. 1] l. 19 pr. D. [35. 1]. — O. A. G. E. vom 14. Januar 1845 Nr. 1084 40/41. — O. A. G. E. vom 4. Juli 1846 Nr. 587 43/44.)

als nach l. 15 C. (6. 23) und l. 2 C. (6. 43) es nicht darauf ankommt, in welchen Worten die Erbeinsetzung geschehen ist, ob in befehlenden und in direkten, oder in indirekten Worten, wenn sie nur gewiß ist, und sobald nur deutlich die Absicht des Testators bezeichnet ist, ein Vermächtniß oder Fideicommiß hinterlassen zu wollen.

Reicht dieses jedoch nicht aus, so wird man annehmen müssen, der Testator habe eine direkte Substitution gewollt, weil durch eine fideicommissarische Substitution der eingesetzte Erbe belastet wird, und Belastungen nicht vermuthet werden können.

Ueberdieß ist auch durch das canonische Recht ausgesprochen, daß in Zweifelsfällen eher eine direkte als eine indirekte Substitution anzunehmen sei. (cap. 1 de testam. in VI.)

Für die Pupillarsubstitution der Großeltern ist die fideicommissarische Substitution von Bedeutung, wenn die Enkel nicht in ihrer Gewalt sind. (§ 1 u. J. [2. 16]. — Vergl. not. zu § 246 S. 552.)

Ueberdieß ist auch bezüglich der Errichtung zwischen der gewöhnlichen oder direkten und der fideicommissarischen Substitution ein Unterschied, indem die erstere nur in einem Testamente, die letztere auch in einem Codicill geschehen kann. (Vergl. § 193.) Bei der ersteren empfängt der Nacherbe die Erbschaft direkt vom Erblasser, bei der letzteren aber geht die Erbschaft erst vom Vorerben auf ihn über. Bei jener kommt die ganze Erbschaft auf den Nacherben, bei dieser aber erst nach Abzug der Trebellianischen Quart.

Wird dem Erben auferlegt, die ganze Nachlaßmasse oder einen Theil derselben herauszugeben, so ist ein Universalfideicommiß in Frage, womit alle Rechte und Pflichten des Verstorbenen nach Verhältniß des Antheiles an dem Nachlasse an den Substituten übergehen; handelt es sich aber nur um die Herausgabe einer gewissen Sache oder einer bestimmten Geldsumme, so ist die fideicommissarische Substitution ein Vermächtniß, mit welchem regelmäßig keine Lasten übertragen werden.

Titulus XI.

Von Legatis oder Vermächtnussen.

§ 1.

Wie viel Zeugen zur Vermächtnuß erfordert werden.

„Die Legaten oder Vermächtnussen mögen nicht allein „durch Testamenten, sondern auch ohne Testamenten verlassen „werden, und zwar vor Gericht, oder so viel Zeugen, als in „vorhergehendem Titulo von Testamenten verordnet worden."

§ 2.

Einem Testamentszeugen kann vermacht werden.

„Legata können verlassen werden auch deme, der ein „Zeug bei einem Testament wäre, obschon kein solcher Zeug „zum Erben mag eingesetzt werden, es seien dann nebst ihme „noch so viele Zeugen dabei gewesen, als sonsten derenselben „zu einem Testament erfordert werden."

§ 3.

Was ein Nießbrauchender denen Kinder zu geben schuldig.

„Vermachte ein Mann seiner Frauen, oder die Frau „ihrem Mann den Nießbrauch aller Güter, ohne von einer „weiteren Ehe-Schreitung Meldung zu thun, instituirte aber „seine Kinder in dem Eigenthum aller Güter, so mögen die „Kinder, so lange ihre Mutter oder Vatter lebet, außer der „Stands-mäsigen Unterhaltung nichts begehren, es wäre „dann, daß selbige in geist- oder weltlichen Stand tretten „würden, da dann solchenfalls denselben die Stands-mäßige „Aussteuer mitzugeben wäre."

§ 4.

Wann die Legate wegfallen.

„Die Vermächtnussen werden auf verschiedene weiß un- „kräftig, wann nemlich einem etwas unter einer gewissen „condition oder Bedingnuß vermacht worden, und der Le- „gatarius stürbe, ehe die condition erfüllt würde, so hat „das Legatum ein End, wie auch, wann ein Testator

„das legirte Feld, oder dergleichen annoch bei seiner Lebzeit „ohne Noth und freiwillig veräußerte."

§ 5.

Wann die letzte Disposition die vorhergehende aufhebe.

„Es wird ein Legatum, es seie vermacht wem, und „wohin es wolle, aufgehoben durch eine andere jüngere letzte „Willens-Verordnung, wann nicht in dieser letzteren, die „erste ausdrücklich beibehalten wird, obschon in derselben die „Legata der vorigen disposition nicht ausdrücklich auf„gehoben wären."

I. Allgemeine Lehren von Vermächtnissen.

§ 249.

Begriff der Legate und Vermächtnisse.

Vermächtnisse sind Vortheile aus einem Nachlasse, welche einer Person vermittelst des direkten Erben zugewendet werden. (§ 1 J. [2.20].) Die letztwillige Verfügung, durch welche dieses geschieht, wird im weiteren Sinne ebenfalls Vermächtniß genannt, ebenso wie der Gegenstand jener Verfügung. Der Unterschied des älteren römischen Rechtes zwischen Legaten und Partikularfideicommissen ist dem M. L. R. unbekannt, indem es Tit. XI. unter dem Begriff Vermächtniß nur von Legaten spricht, und in Tit. XV. § 1 und § 5 Legate und Partikularfideicommisse einander völlig gleichstellt. (Ueber Universalfideicommisse, welche den ganzen Nachlaß, oder einen intellektuellen Theil des ganzen betreffen, vergl. § 248.) Der Vermächtnißnehmer bedarf sohin auch nach M. L. R. gleichwie gemeinrechtlich des Erben, um in den Besitz der ihm zugewendeten Sache zu gelangen, und zwar des Testamentserben, wenn ein solcher ernannt ist, oder des Intestaterben, wenn nach Tit. VIII. § 19 nicht über den ganzen Nachlaß verfügt ist.

Alle Vermächtnisse können nur bestimmte Sachen oder Summen des Nachlasses zum Gegenstande haben (vergl. § 186), und unterscheiden sich schon dadurch von der Erbschaft. Der Vermächtnißehmer erscheint daher nicht als Repräsentant des Verstorbenen, von welchem ihm etwas zugewendet wurde, und haftet daher auch nicht für die Schulden der Erbschaft; er steht insofern in einem Gegensatze zum Erben, welcher alle Rechte und Pflichten des Erblassers, also auch dessen Schulden zu vertreten hat. Die Schulden des Nachlasses berühren den Vermächtnißnehmer nur insoferne, daß sie vom Nachlaß abgezogen werden, wodurch sein Vermächtniß eine Schmälerung erleiden kann, oder nach M. L. R. Tit. VIII. § 20 dann, wenn durch die Vermächtnisse die ganze Erbmasse entschöpft wird. Letzterer Fall ist jedoch mit dem ersteren gleichbedeutend, indem für den Vermächtnißnehmer dieselbe Wirkung entsteht, ob die Schulden von der ganzen Masse vor der Vertheilung abgezogen, oder ob sie nach Verhältniß des ihm zugewendeten Vortheiles von ihm

getragen werden müssen. In diesem Falle müssen jedoch auch die Vermächtnißnehmer, um ihre Haftung auf das Maß der Erbschaft zu beschränken, ein Inventar errichten (§ 287).

Der gebrauchte Name Erbe ändert weder gemeinrechtlich, noch nach Tit. IX. § 2 des M. L. R. an diesem Verhältnisse etwas, indem selbst der auf eine bestimmte Sache als Erbe Eingesetzte immer nur als Legatar betrachtet wird, wenn neben ihm Andere zu einem idealen Theile des ganzen Nachlasses berufen sind, und nicht hinwegfallen. (l. 13 C. [6. 24].)

Durch das neuere römische Recht (§ 3 J. [2. 20] — l. 2 C. [6. 43] ist indessen Alles, worin die Fideicommisse begünstigt waren, auch den Legaten beigelegt worden, und umgekehrt, so daß im Ganzen der innere Unterschied der Legate und Fideicommisse aufgehoben ist [1]).

§ 250.

Personen, welche bei Errichtung der Vermächtnisse vorkommen.

Die bei Errichtung eines Vermächtnisses betheiligten Personen sind:

1) Der Erblasser, welcher das Vermächtniß gibt. Dieser muß die Fähigkeit haben, sich einen Erben zu ernennen. (l. 2. 114 pr. D. [30], l. 1 pr. § 2. 3 D. [32], l. 6 § 3, l. 8 § 2 D. [29. 7] — Vergl. § 205.)

2) Der Belastete oder Onerirte. Es kann jedem ein Vermächtniß auferlegt werden, an welchen durch den Tod des Erblassers aus dessen Nachlaß etwas gelangen wird, entweder indem demselben etwas gegeben, oder etwas nicht genommen wird, was er sonst hätte entrichten müssen. (l. 1 § 6 D. [32].) Es kann daher zunächst dem Erben ein Vermächtniß auferlegt werden, sowohl dem Testaments- als Intestaterben (l. 1 § 7—10 D. [32] — l. 92 § 2 D. [30] — l. 8 § 1 D, [29.7], auch dem Nacherben, dem Erben des Erben (l. 5 § 1. — l. 6 pr. D. [32], selbst einem blosen Vermächtnißnehmer und dessen Erben (pr. J. [2. 24] — l. 5 § 1 D. [32]), sowie überhaupt jedem, der durch den Tod des Erblassers mittelbar oder unmittelbar etwas gewinnt, was ihm derselbe

---

[1]) Bei vielen Juristen findet sich die Behauptung, daß durch das neue römische Recht (l. 2 C. [6.43]) nur die Singularfideicommisse den Legaten gleichgestellt worden seien, während von anderer Seite (Thibaut § 896) dieses von allen Fideicommissen auch den Universalfideicommissen behauptet wird, und zwar wegen der Allgemeinheit des Ausspruches in l. 2 C. (4. 43). Das M. L. R. macht aber zwischen Partikular- und Universalfideicommissen in Tit. XV. § 4 einen Unterschied, indem es nur die ersteren rücksichtlich der Bedenkzeit den Legaten gleichstellt, und dadurch zu erkennen gibt, daß es die Universalfideicommisse für wirkliche Erbschaften hält, mit welchen auch die Haftungen des Verstorbenen übertragen werden, weßhalb dem Universalfideicommissar gleichwie dem Erben allerdings eine Bedenkzeit zur Antretung des Nachlasses gebührt.

Der Grund der oben erwähnten Gleichstellung der Legate und Fideicommisse liegt darin, daß durch das neuere Recht eine Zwangspflicht zur Erfüllung der Fideicommisse geschaffen wurde, und daß es deßhalb auf die gebrauchten Worte nicht mehr ankommt; die Gleichstellung reicht daher auch nicht weiter, als daß jede Art des Vermächtnisses Gültigkeit hat, ob es in befehlender oder ersuchender Ausdrucksweise errichtet ist. Dagegen besteht immerhin noch ein praktischer Unterschied auch rücksichtlich der Worte, wenn es sich darum handelt, ob das Vermächtniß dem Erben auferlegt, oder an den Vermächtnißnehmer direkt gerichtet ist.

durch letztwillige Verfügung entziehen könnte, also auch der auf den Todesfall Beschenkte. (l. 3 D. [32]. — l. 77 § 1 D. [31]. — l. 9 C. [6. 42]. — l. 35 § 4 D. [39 6].) Wer dagegen nur das erwirbt, was ihm der Erlasser nicht entziehen kann, wie z. B. den Pflichttheil (Tit. X. § 11 des M. L. R.), der kann mit Vermächtnissen nicht belastet werden.

Hieraus folgt, daß auch niemand weiter mit Vermächtnissen beschwert werden kann, als er bereichert wird.

Ist in einer letztwilligen Verfügung das Vermächtniß keiner bestimmten Person auferlegt, so geht es zunächst von dem Nachlasse dem Vermächtnißnehmer zu. (l. 29 § 1 D. [31]. — l. 98 D. [32]. — l. 33 pr. l. 44 pr. D. [31]. — l. 86 § 3 D. [30]. l. 11 § 23. 24 D. [31]. — l. 7 D [33. 3]. — l. 80 § 1 D. [35. 2].)

Eine in den Gesetzen widersprechend behandelte Frage ist es, ob, wenn mehrere Erben mit einem Vermächtnisse belastet sind, sie dasselbe gleichheitlich oder nach Verhältniß ihrer Erbportion berichtigen müssen. Die Juristen des römischen Rechtes waren hierüber selbst verschiedener Meinung. Von einigen Rechtsgelehrten wird der Entscheidung in l. 17 D. (45. 2), entgegen den Bestimmungen in l. 33 D (31) und l. u. § 8 C (6. 51), als der neueren der Vorzug gegeben, wornach denn, es mag die Entrichtung eines Vermächtnisses bestimmten benannten Personen aus den Erben, oder allen mit Ausnahme eines Einzigen, auferlegt worden sein, diese das ganze Vermächtniß nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu entrichten haben, weil sie durch die Erbschaft verpflichtet werden. Ebendasselbe findet statt, wenn alle Erben aufgezählt werden. — Bei Beantwortung dieser Frage wird es im gegebenen Fall zunächst auf die Absicht des Testators ankommen, da dessen Willen immer den Ausschlag gibt.

Außerdem wird es sich fragen, ob alle Erben allgemein belastet sind, oder nur einzelne namentlich. Im ersteren Fall wird die Größe der Erbportion auch den Maßstab für die Belastung bilden, im letzteren Falle aber sind die benannten Erben als gleichheitlich haftbar anzusehen. (l. 124 D. [30]. — l. 8 § 1 D. [40. 6]. — l. 24 D. [36. 1].)

Sind nur einige der Erben mit einem Vermächtnisse belastet, so ist es gewiß das Billigste, den Maßstab der Bereicherung auch für die Belastung gelten zu lassen. (l. 8 § 1. — l. 22 D. [40. 7.] — O. A. G. E. vom 16. Mai 1852, Nr. 1524 49/50.)

Jedenfalls müssen aber die namentlich belasteten Erben das ganze Legat entrichten, und der nicht belastete Erbe hat dazu auch nichts beizutragen. Auch bezieht sich der angeführte streitige Fall nicht darauf, wenn mehrere Erben solidarisch verpflichtet sind, indem entweder der Gegenstand des Vermächtnisses nicht theilbar, oder das Legat alternativ auferlegt ist. (Vangerow, Lehrb. Bd. II. § 521. — l. 11 § 23. 24 D. [32]. — l. 7 D. [33. 3]. — l. 80 § 1 D. [35. 2]. — l. 8 § 1 D. [30]. — l. 25 pr. D [32].)

Mit dem Anwachsungsrechte geht auch das auf der anwachsenden Erbportion ruhende Vermächtniß selbstverständlich über (l. 49 § 4 D. [31], es müßte denn die Auflage von der Art sein, daß sie der neue Erbe nicht erfüllen kann, oder der Erblasser bei der Errichtung des Vermächtnisses nur die Person des Belasteten im Auge hatte. (l. u § 4. 9. 10 C. [6. 51].)

3) Der Vermächtnißnehmer (Honorirte) ist Derjenige, welchem vom Erblasser ein Vermögensvortheil zugewendet werden soll. Es gilt hier dasselbe, wie bei der Erbeinsetzung.

Der Testator kann es in die Willkühr des Erben stellen, wem von mehreren benannten Personen er das Vermächtniß behändigen wolle. Es entstehen hiedurch Correal-Gläubiger, d. h. der Erbe wird durch Entrichtung des Vermächtnisses an einen derselben von seiner Verbindlichkeit befreit; entrichtet der Erbe das Vermächtniß an keinen aus ihnen, so kann jeder ebenso auf das Vermächtniß klagen, als wenn es ihm allein vermacht wäre, denn ebenso wie durch Vertrag zwei Mitgläubiger gemacht werden können, kann dieses auch durch ein Testament geschehen. (l. 16 D. [31].)

Wird jemand ein Vermächtniß ausgesetzt, welcher zu jener Zeit nicht mehr am Leben ist, so wird das Vermächtniß für nicht ausgesetzt erachtet. (l. 4 pr. D. [34. 8].)

§ 251.

Form der Errichtung.

Die Vermächtnisse können entweder durch ein förmliches Testament, oder durch besondere letzte Willensverordnungen, welche keine Erbeinsetzung enthalten (Codicille), errichtet werden. (Vergl. § 193.) Ueber die Eigenschaften der zur Errichtung eines Vermächtnisses beizuziehenden Zeugen vergl. § 188 a.

Außer dieser schriftlichen und feierlichen Form der Errichtung kennt das gemeine Recht auch das dem Erben mündlich auferlegte Vermächtniß. Allein nach Tit. VIII. § 21 des M. L. R. erfordern alle nicht in einem Testamente errichteten Vermächtnisse die dort vorgeschriebene Form, so daß das römische Recht hier um so mehr ausgeschlossen erscheint, als unserem Statut der gemeinrechtliche Begriff eines Vermächtnisses durch Bitte, Ersuchen rc. (Fideicommiß) abgeht (§ 249).

§ 252.

Inhalt der Vermächtnisse.

Gegenstand der Vermächtnisse können vermögensrechtliche Vortheile aller Art sein, Rechte an Sachen und Forderungen, Eigenthum oder Nutzgenuß, sowie Befreiungen von Verbindlichkeiten und Lasten, vorausgesetzt, daß die dem Erben aufgetragene Leistung eine mögliche, und gesetzlich nicht verbotene ist [1]), z. B. wenn die Sache dem allgemeinen

---

[1]) Nach Tit. XI. § 3 des M. L. R. kann auch die Nutznießung Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Zwischen den Eigenthums- und Nutznießungs-Legaten besteht nun nach der Natur der Sache ein wesentlicher Unterschied. Wenn nämlich zwei oder mehreren Legataren, deren jedem das Eigenthum einer Sache im Ganzen vermacht worden war, und beide das Legat gezogen haben, indem jeder die Hälfte nahm, dann ist es offenbar, daß die spätere Erlangung der ganzen Sache seitens des einen Legatares unmöglich ist, weil die vom Andern gezogene Hälfte von ihm für immer besessen werden muß, und er diese seinen eigenen Erben hinterläßt.

Wenn aber das Legat nur die Nutznießung beiden Legataren verschafft hat, und beide Legatare nur diese gezogen haben, dann hört durch den Tod eines

Verkehr entzogen (res extra commercium) ist, wie öffentliche Gebäude, Kirchen, Staatsgüter ꝛc. Ist nur dem Legatar der Erwerb der Sache unmöglich, oder ist es eine fremde Sache, welche nicht vom Erben erworben werden kann, so wird dem Bedachten ein Anspruch auf den Werth der Sache gestattet. Ueberdieß ist es nothwendig, daß die vermachte Sache hinlänglich genau bezeichnet, und nicht blos der Willkühr des Erben überlassen sein muß, ob er etwas geben will, oder nicht. Ohne diese Angaben ist das Legat nichtig l. 69 § 4 D. (23. 3).

Eine blos irrthümliche Bezeichnung des Gegenstandes oder Vermächtnißnehmers (falsa demonstratio) schadet nicht, wenn nur der wahre Wille des Erblassers erkannt werden kann l. 34 pr. D. (35. 1) § 29. 30 J. (2. 20).

Zulässig sind ebenfalls bei Vermächtnissen die Substitution, die Beifügung von Zeitbestimmungen, Bedingungen, Suspensiv- und Resolutivbedingungen, sowie überhaupt alle erlaubten Nebenbestimmungen und Beschränkungen D. (35. 1). Bedingungen sind entweder mögliche oder unmögliche. Die letzteren werden nebst jenen, welche zugleich schändlich sind, angesehen, als ob sie nicht beigefügt worden wären, z. B. wenn A die B nicht heirathen wird l. 2 C. (6. 40), wenn A seine Religion verändern wird ꝛc. Bei möglichen Bedingungen ist das Legat nicht eher zu entrichten, als bis sie erfüllt sind, und wenn der, dem das Vermächtniß geschehen ist, vor der Erfüllung stirbt, so erlischt es, und kann nicht auf seine Erben kommen. (l. 5 pr. l. 22 D. [36. 2]. — M. L. R. Tit. XI. § 4.)

Zu erwähnen ist noch die sog. Catonianische Regel, wornach eine Verfügung für immer ungültig bleibt, wenn sie von der Art ist, daß sie ungültig sein würde, wenn der Erblasser im Augenblicke der Errichtung stürbe. (l. 1 D. [34. 7] l. 29. 210 D. [50. 17] § 1 J. [2. 12].)

Ueber die nach Tit. XI. § 3 dem Manne sowohl als der Frau gestattete Verschaffung des Nutzgenusses an ihrem gesammten Nachlasse für den überlebenden Gatten, und die daraus fließenden Rechte der Kinder vergl. §§. 165. 210. 215.

Besteht die Bedingung in einer Handlung oder in einem ungewissen Ereignisse, so muß sie immer erst erfüllt werden, bevor das Vermächtniß verlangt werden kann. (O. A. G. E. vom 25. Januar 1850 Nr. 500⁴⁷/₄₈.)

Ist der Erbe verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit, oder in bestimmten Zwischenräumen ein Vermächtniß zu entrichten, so braucht der Bedachte blos den Tod des Testators zu erleben, um das noch nicht Empfangene auf seine Erben zu transferiren. (O. A. G. E. vom 4. Juli 1846 Nr. 587⁴³/₄₄.) Die vom Todestage des Erben (fiduciar) abhängig gemachte Hinausgabe des Nachlasses an die Legatare oder Fideicommissare ist keine ungewisse Bedingung, sondern eine hinausgeschobene Zahlungszeit. (O. A. G. E. vom 14. Januar 1846 Nr. 1084⁴⁰/₄₁.)

Legatares dessen Hälfte an der Nutznießung nicht auf, und es steht nichts im Wege, daß der andere Legatar für den Rest seines Lebens diese Hälfte mit jener vereinigt, welche er schon im Genuß hat. Es hieße offenbar den Willen des Erblassers verletzen, wenn man in diesem Falle dem überlebenden Mitlegatar diese Hälfte versagen wollte, um sie den Erben des Verstorbenen zu überlassen, weil der Testator bezüglich der ganzen Nutznießung jeden einzelnen Legatar diesen Erben vorgezogen hat.

§ 253.

Aufhebung der Vermächtnisse.

1) Durch Widerruf.

Nach l. 4 D. (34. 4) ist der Wille des Testators bis zu seinem letzten Lebenshauche veränderlich, es kann daher der Erblasser nicht blos seine ganze letztwillige Verfügung, sondern auch deren einzelne Bestandtheile, worunter auch die Vermächtnisse gehören, ganz abändern, durch neue ersetzen oder widerrufen.

Der Widerruf kann ausdrücklich durch ein Testament und Codicill, oder stillschweigend geschehen, wenn in einer jüngeren letzten Willensverordnung die in einer früheren angeordneten Vermächtnisse nicht ausdrücklich bestätigt werden. (M. L. R. Tit. XI. § 5 Tit. XIII. § 1. 5).

Der Widerruf kann ferner mit Worten oder durch die That geschehen, wodurch des Testators veränderter Sinn und Wille klar an den Tag gelegt wird. Hiezu rechnet das M. L. R. in Tit. XI. § 4, wenn der Testator das vermachte Grundstück, oder die sonst vermachte Sache bei Lebzeiten freiwillig und ohne Noth veräußerte, und dadurch zu erkennen gab, daß er anderweitig darüber zu verfügen gedenkt [1]). Wurde dagegen in einem Testamente eine früher vom Erblasser verkaufte Sache legirt, so ist das Legat gültig, selbst wenn jene frühere Veräußerung als rechtsbeständig erachtet wird [2]). (Erk. des Rev.-G. vom 9. Dezember 1790, J. S. Bartarelli gegen Münch.)

---

[1]) Das legatum rei alienae (vergl. § 227) hängt hiemit nicht zusammen, weil bei diesem die Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses schon eine fremde gewesen sein muß, gleichviel ob mit oder ohne Wissen des Testators. Diese Stelle des M. L. R. findet sich wörtlich in l. 11 § 12 D. (32) mit dem Beisatze, daß bei einer Veräußerung aus Noth das Vermächtniß gefordert werden kann, wenn nicht vom Erben bewiesen werden sollte, daß der Testator es dem Vermächtnißinhaber habe entziehen wollen.

Bei Vergleichung des M. L. R. mit den folgenden Paragraphen der l. 11 D. (32) ergibt sich, daß auch hier unser Statut wie an so vielen Orten nur einzelne Beispiele aus dem gemeinen Rechte ausgehoben hat.

[2]) Mit Rücksicht auf l. 153 D. (50. 17), wornach ein Rechtsgeschäft in derselben Weise, in welcher es geschlossen wird, wieder aufgehoben werden kann, und mit Rücksicht auf Tit. XIII. § 7 des M. L. R., worin bestimmt ist, daß eine letztwillige Verfügung — disposition — aufgehoben wird, wenn der Testator dieselbe vor soviel Zeugen widerruft, als zur Errichtung nothwendig waren, könnte gefolgert werden, daß das M. L. R. eine andere Art des Widerrufes von Vermächtnissen als in der Testaments- oder Codicillarform nicht gestatte; allein man muß sich auch hier an die Entscheidung des gemeinen Rechtes halten, da das M. L. R. Tit. XIII. § 7 durch das Wort „ferner“ offenbar nur eine Art des Widerrufes der letztwilligen Verordnungen, und wohl auch die sicherste Art, anzeigen wollte, jedoch dabei nur Testamente im Auge hatte. Im gemeinen Rechte l. 3 § 11 D. (34. 4) ist aber klar ausgesprochen, daß Vermächtnisse durch den blosen Willen aufgehoben werden. Es wird dabei sogar die aufgeworfene Frage dahin beantwortet, daß durch eine zwischen dem Testator und dem Bedachten ausgebrochene schwere Feindschaft das dem letzteren Hinterlassene als wieder entzogen zu erachten sei, jedoch bei geringen Beleidigungen als Fideicommiß fortdauere. Dasselbe Verhältniß soll auch zur Anwendung kommen, wenn das Vermächtniß arglistig erschlichen war. Nach l. 27 C. (6. 42) bedarf es zur Ungültigkeit eines Vermächtnisses auch, übereinstimmend mit M. L. R. Tit. XI. § 4, nur des Nachweises, daß der Erblasser seinen Willen geändert habe. Es ist also nicht einmal ein ausdrücklicher Widerruf, sondern nur der Beweis concludenter Handlungen erforderlich, aus welchen jene Willensänderung hervorgeht. Dahin gehört z. B. die Durchstreichung der Vermächtnisse in einem

2) Aus anderen, vom Willen des Testators unabhängigen Gründen.

a) Wenn der Testator die Fähigkeit verliert, einen letzten Willen zu errichten. (Vergl. § 205.)

b) Wenn der mit Aushändigung des Vermächtnisses Beauftragte hinwegfällt, und nicht ein Anderer dessen Verbindlichkeit übernehmen muß l. 29 § 1. 2 D. (31) l. 61 § 1 D. (31) l. 19 D. (34. 4), z. B. der Intestaterbe. (O. A. G. E. vom 4. Mai 1852 Nr. 1524[49]/50.)

c) Wenn der mit dem Vermächtniß Bedachte vor dessen Anfall stirbt l. 59 § 4 D. (28. 5) l. 5 § 7 l. 14 § 3 D. (28. 5) l. 5 C. (6. 46), oder zur Zeit des Anfalles unfähig ist, das Vermächtniß zu erwerben. (l. 59 § 4 D. [28. 5].)

d) Wenn die vermachte Sache ohne Zuthun und Schuld des Erben verloren geht. (§ 16 J. [2. 20] l. 22 § 2 D. [32].)

e) Wenn der Bedachte schon bei Lebzeiten des Testators die Sache als Geschenk, oder aus einem ähnlichen Grunde erhielt, weil Niemand dieselbe Sache zweimal aus bereichernden Gründen erhalten kann. Wurde dieselbe Sache in zwei Testamenten vermacht, so kann sie nur einmal gefordert werden. Concursus causarum lucrativarum. (§ 6 J. [2. 20] l. 34 § 1. 2 D. [30] l. 66 § 1—3 D. [31].)

f) Wurden Vermächtnisse in einem Codicill hinterlassen, so werden sie ungültig, sobald das vom Testator errichtete Testament vernichtet wird, selbst wenn diese Vernichtung des Testamentes nur die darin enthaltene Erbeinsetzung betrifft, denn von einem Testament sind die Codicille stets abhängig, es mag dieses vor oder nach dem Codicill errichtet sein. Wurden aber Codicille ohne ein Testament gemacht, so ist das darin Hinterlassene gültig, denn Codicille behaupten immer ihr Recht, es mag ohne Testament Erbe sein, wer will. (l. 2 § 3. l. 16 D. [29. 7] l. 1 § 1 D. [32] l. 2 C. [6. 39] l. 181 D. [50. 17] l. 9 D. [26. 2] l. 1 § 4 D. [36. 4].)

Testament oder Codicill l. 16 D. (34. 4), oder die Einforderung eines vermachten Ausstandes l. 11 § 12 ff. D. (32) in der Absicht, das Vermächtniß aufzuheben, die Verschenkung einer legirten Sache bei Lebzeiten l. 18 D. (34. 4) l. 24 § 1 D. (34. 4) ꝛc.

Handelt es sich jedoch nicht um einen blosen Widerruf des Vermächtnisses, sondern um eine Veränderung in der Person des Legatares oder in dem Gegenstande des Legates, so müssen selbstverständlich hiefür die Formen der Errichtung eines neuen Vermächtnisses angewendet werden l. u. C. (6. 42). Es muß zwar nach gemeinem Rechte dabei auch des früheren Legatares Erwähnung geschehen, weil sonst ein Vermächtniß entstehen würde, welches dem früheren und späteren Legatare zusammengehört l. 33 § 1 D. (30) l. 79 D. (35. 1), nach M. L. R. Tit. XI. § 5 ist dieses aber nicht nöthig, weil ein früheres Legat durch ein späteres an und für sich zusammenfällt und ungültig wird.

Durch diese Anordnung des M. L. R. sollte wahrscheinlich die gemeinrechtliche Controverse entschieden werden, auf welches von mehreren Vermächtnissen die Zurücknahme zu beziehen sei, wenn nur eines davon widerrufen wurde, und es zweifelhaft bleibt, welches, wenn z. B. mehreren Personen gleichen Namens ein Vermächtniß ausgesetzt, nachher dasselbe Einem dieses Namens entzogen wurde.

Während nach l. 3 § 7 D. (34. 4) dieser Fall so entschieden ist, daß das Vermächtniß beiden Personen gehöre, sollen nach l. 10—11 pr. D (34. 5) im gleichen Falle alle diese Vermächtnisse hinwegfallen. Das letztere Gesetz ist nun im Tit. XI. § 5 soweit ausgedehnt, daß alle früheren Vermächtnisse, sie seien vermacht, wem sie wollen, durch eine spätere letzte Willensverordnung aufgehoben scheinen, sobald sie nicht in dieser ausdrücklich wiederholt oder bestätigt sind.

Ausnahmen entstehen jedoch, wenn dem Testamente die Codicillar-Clausel beigefügt ist (vergl. § 200), oder wenn sich der eingesetzte Erbe aus Arglist, und um die Vermächtnisse zu vernichten, sich der Erbschaft entschlagen hat. (l. 4 D. [28. 3] l. 4 § 2 D. [29. 4].)

g) Wenn die Bedingung des Vermächtnisses nicht erfüllt wird. (Vergl. § 252.)

§ 254.

Vom Anfalle und Erwerbung der Vermächtnisse.

Bezüglich des Anfalles und Erwerbes der Vermächtnisse enthält das M. L. R. keine Bestimmungen, es ist daher anzunehmen, daß die einschlagenden Fragen nach dem gemeinen Rechte zu entscheiden sind.

Rücksichtlich des Anfalles (Delation) und des Erwerbes bestehen zwischen der Erbschaft (haereditas, Universalsuccession) und den Vermächtnissen (Singularsuccession) folgende praktische Unterschiede:

1) Nur die Erbschaft wird außer dem Testamente durch das Gesetz übertragen, weil dieselben eine Nachfolge in das gesammte Rechtsverhältniß des Verstorbenen ist, und weil der Nachlaß den Verstorbenen solange repräsentirt, bis der Erbe eintritt. Diese Fiction hat die wichtigen Folgen, daß auch vor dem wirklichen Erbschaftsantritt alle Rechte des Verstorbenen fortdauern, daß in dieser Zwischenzeit sogar neue Rechte entstehen können, und daß der später eintretende Erbe so betrachtet wird, als sei er schon im Augenblicke des Todes succedirt, indem die Erbschaft Alles auf ihn überträgt, was sie beim Tode des Erblassers umfaßte. Im Interesse der Rechtsordnung muß mithin jeder Nachlaß einen Erben finden. Consequent hat daher das M. L. R. in Tit. VIII. § 19 bestimmt, daß Alles, worüber in einem Testamente nicht verfügt ist, den nächsten Verwandten als vom Gesetze berufenen Erben, und zwar als Erben zufallen soll.

Bei Anordnung von Vermächtnissen dagegen ist nur der damit Bedachte selbst interessirt, weßhalb sie lediglich dem Willen des Verstorbenen überlassen sind.

2) Der Erwerb der Erbschaft erfordert, weil er auch Verpflichtungen auferlegt, regelmäßig eine Willenserklärung des gerufenen Erben, und ist nur bei den Kindern ein nothwendiger Erwerb. Die Vermächtnisse dagegen, als lediglich berechtigend, werden im Augenblicke des Anfalles auch erworben (M. L. R. Tit. XV. § 4), und daher auf die Erben des Vermächtnißnehmers übertragen, selbst wenn der Letztere starb, ohne den Anfall des Vermächtnisses erfahren zu haben. Dieses gilt jedoch nur dem Erben gegenüber, welcher verpflichtet ist, dem Legatar vom Todestage des Erblassers an alle Eigenthumsrechte an dem Vermächtniß einzuräumen, also die Renten, Zuwachs 2c. In Bezug auf dritte Personen kann jedoch der Legatar erst dann als Eigenthümer auftreten, wenn das Vermächtniß ausgeschieden, und ihm von dem Erben, auf welchem es zunächst überging, überwiesen ist. Daß der Legatar vor dem Erben des Testators gestorben ist, steht daher der Geltendmachung des Vermächtnisses von Seite der Erben des Legatares nicht entgegen. (O. A. G. E. vom 4. Juli 1846, Nr. 587 43/44.)

Auf gemeinschaftliche Testamente der Eheleute angewendet, braucht der Legatar demnach nur den Tod des einen Gatten, und den Erbantritt des Ueberlebenden zu erleben, um das Legat von den Erben des letztverstorbenen Gatten fordern zu können, weil die Verbindlichkeit, alle Anordnungen des Testamentes zu erfüllen, also auch die darin ausgesetzten Legate, schon mit dem Erbantritt des überlebenden Gatten entstanden ist. (O. A. G. E. vom 21. Februar 1846, Nr. 508 43/44.)

Gemeinrechtlich wurden diese Grundsätze auch für das Universal-Fideicommiß beibehalten, selbst nachdem es durch das S. Ct. Trebellianicum in eine Universal-Succession übergegangen war, so daß man sagen kann, das Universal-Fideicommiß stehe auch rücksichtlich des Anfalles dem Vermächtniß, rücksichtlich des Erwerbes aber der Universalsuccession gleich. Dieses hat wohl auch das M. L. R. in Tit. XV. § 4 sagen wollen, indem es nur den Partikular-Vermächtnißnehmern das Recht der Bedenkzeit als unnöthig entzieht.

Der Zeitpunkt, in welchem für den Vermächtnißnehmer Anfall und Erwerb des Vermächtnisses zusammentrifft, ist der Regel nach der Tod des Erblassers. (Dies legati cedit mortis tempore testatoris) — (l. 5 § 1 D. [36. 2]. — O. A. G. E. vom 14. Januar 1845, Nr. 1084 40/41.) Diesen Zeitpunkt muß der Legatar erleben, und dort muß er fähig sein, das Vermächtniß zu empfangen (l. 59 § 4 D. [28. 5], dann geht dasselbe auch auf seine Erben über (l. 5 pr. D. [36. 2], obwohl der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermächtnisses (ubi dies legati venit), noch weit entfernt sein kann (l. 21 pr. D. [36. 2], und obwohl die Antretung der Erbschaft, welche die Wirksamkeit des Vermächtnisses in der Regel bedingt, erst später geschieht. (l. 2 § 3, l. 16 D. [29. 7], l. 1 § 1 D. [32], l. 2 C. [6. 39], l. 181 D. [50. 17], l. 9 D. [26. 2]).

Eine dem Vermächtniß beigefügte blose Zeitbestimmung schiebt den Anfall des Vermächtnisses nicht hinaus (O. A. G. E. vom 4. Juli 1846, Nr. 587 43/44), wenn sie nicht zugleich eine Bedingung ist. (l. 5 § 1, l. 21 pr. D. [35. 1]. Ein bloser Zahlungstag macht den Anfall des Vermächtnisses nicht zweifelhaft. (O. A. G. E. vom 14. Januar 1845, Nr. 1084 40/41.)

Obgleich mit dem Anfall des Vermächtnisses dasselbe auch erworben wird, so kann es doch der Legatar oder dessen Erbe auch ausschlagen, jedoch nicht theilweise, oder nur das unbelastete Vermächtniß annehmen, während er das belastete ausschlägt.

Ein Vermächtniß, welches der Legatar nicht empfangen kann, oder will, bleibt in der Masse, und wird damit unter die eigentlichen Erben vertheilt, falls nicht ein Substitut dazu ernannt ist, oder das Anwachsungsrecht stattfindet.

§ 255.

Von den Rechtsmitteln des Legatares.

Der Legatar darf sich eigenmächtig den Besitz der vermachten Sache nicht anmaßen; zur Geltendmachung ihm zugefallener Forderungen bedarf

er deren Cession durch den Erben. Auch kann er die Aushändigung des Vermächtnisses erst nach Ablauf der gesetzlichen Bedenkzeit (§. 287), oder nach Beendigung des über die Gültigkeit eines Testamentes schwebenden Rechtsstreites, oder nach Feststellung der unter der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Masse verlangen, weil bis dahin kein legitimirter Erbe vorhanden ist.

Sobald das Legat fällig ist (ubi dies legati venit) kann der Honorirte mit einer persönlichen Klage (ex testamento oder actio legati) den Belasteten auf Erfüllung belangen. Es kann dieses unter Umständen auch durch eine Einrede geschehen. (l. 1 C. [6. 43], l. 11 § 25 D. [32], l. 44 § 9, l. 116 § 4, l. 39 pr. D. [30].)

Ist die Erfüllung des Vermächtnisses dem Belasteten sehr erschwert, oder unmöglich, so muß er den wahren Werth (Schätzungswerth) ersetzen. (l. 11 § 17, l. 14 § 2 D. [32], l. 71 § 3. 4 D. [30].)

Der Belastete haftet übrigens für jedes Versehen (culpa levis) — (l. 47 § 4, 5., l. 26 § 1 D. [30]), und wenn ihm selbst nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil übrig bleibt, nur für grobes Versehen (dolus et culpa lata) — (l. 108 § 12 D. [30]).

Entrichtet der Belastete das Legat sechs Monate nach Bekanntwerden des letzten Willens nicht freiwillig, so befindet er sich von da an auch ohne Mahnung in Verzug und muß Früchte und Zinsen vergüten. (Nov. 131 cap. 12.)

Deßgleichen ist dem Legatar die Vindication der vermachten Sache durch eine actio in rem gestattet. (l. 1 C. [6. 43].) Hiezu gehört, daß der Erblasser wirkliches Eigenthum an der vermachten Sache verschaffen wollte und konnte, und daß jene Sachen dem Erblasser oder zur Nachlaßmasse gehörten.

Hierher gehören die Separationsrechte im Concurse des Erben, und die Bestimmungen vom Particular-Concurs nach § 3 nr. 6, § 7 § 8 nr. 4 der bayr. Prioritätsordnung.

Sind andere und fremde Sachen Gegenstand des Vermächtnisses, so kann der Erbe nur verpflichtet werden, daß er dem Legatar sein zugedachtes Recht verschaffe. Dieses gilt auch bezüglich jener Sachen, welche dem Erben selbst gehören, denn auch diese sind in Beziehung auf den Erblasser fremde, d. h. demselben nicht gehörige Sachen. (l. 11 § 22 D. [32], l. 49 § 4—6, l. 69 § 1 D. [30]. — Vergl. § 227. — O. A. G. E. vom 12. Dezember 1863, Nr. 171 63/64.)

Zu den Pflichten des mit einem Fideicommiß Belasteten (des Fiduciars) gehört, — da der Fideicommissar das Fideicommiß nicht direct, sondern durch den ersteren erwirbt (l. 1 D. [5. 6], l. 37. 63 D. [36. 1], l. 7 § 1 C. [6. 49], l. 14 C. [6. 42]) — daß er die Erbschaft antrete und das Fideicommiß herausgebe. Selbst wenn den Fideicommissaren vom Erblasser verboten worden ist, von dem Fiduciar eine Sicherheitsbestellung wegen der künftigen Hinterlassung des Fideicommiß-Vermögens zu fordern, sind dieselben nicht gehindert, die Errichtung eines Inventares über das Vermögen, welches mit dem Fideicommiß belastet ist, zu verlangen. Dieses zu errichtende Inventar kann durch eine blos summarische eidliche Angabe, welche der Fiduciar wegen Berechnung der Erbschaftstaxe und des Testaments-Stempels macht, nicht ersetzt werden. (O. A. G. E. vom 4. November 1844, Nr. 668 43/44.)

Auch die in Tit. VI. § 1 des M. L. R. gestattete specificatio jurata reicht hiezu nicht aus, resp. die Fideicommissare brauchen sich damit nicht zu begnügen. (Vergl. § 146.) Weigert er sich

I. Die Erbschaft anzutreten, und zwar:

1) Ohne gerechten Grund, wohin die Ueberlastung der Erbschaft nicht gehört (l. 4, l. 14 § 1 D. [36. 1]), so wird er (nach dem S. Ct. Pegasianum) zur Antretung und Restitution auf Verlangen jedes Fideicommissares gezwungen (§ 6 J. [2. 23]), soferne ihm die Antretung rechtlich möglich ist (l. 9 § 3, l. 10 D. [36. 1]), oder es wird Beides als geschehen angenommen. (l. 7 § 1 C. [6. 49].)

2) Läßt sich die Antretung dagegen aus guten Gründen nicht erzwingen, und wird dadurch das Testament destituirt, so fällt auch das Fideicommiß zusammen. (l. 13 § 3 D. [36. 1].)

II. Wird nach der Antretung der Erbschaft vom Erben als Fiduciar blos die Herausgabe des Fideicommisses verweigert, so kann darauf geklagt werden. (l. 7 § 1 C. [6. 49].)

Der Einwand des Fiduciars, — daß er, um die Gegenstände des Fideicommisses zu bewahren, sein eigenes Vermögen habe verwenden müssen, und daß daher der Betrag dieses verzehrten Vermögens in Abzug kommen müsse, — ist unerheblich, sobald der Gegenstand des Fideicommisses der beim Tod des Fiduciars übrige Theil des ererbten Vermögens war. Hat der Fiduciar statt des ihm zustehenden Verbrauches des fideicommissarischen Nachlasses lieber eigenes Vermögen zugesetzt, so kann er darum nicht sagen, daß jene Sachen aus dem Nachlasse des Erblassers nicht mehr übrig seien. (O. A. G. Erk. vom 14. Januar 1845, Nr. 1084 40/41.)

§ 256.

Von den Rechtsmitteln des Belasteten.

a) Quarta Facidia*).

Um der Ausschlagung einer mit Vermächtnissen überlasteten Erbschaft vorzubeugen, kann dem Belasteten die Auszahlung der Legate nicht weiter zugemuthet werden, als er aus dem Nachlasse Vortheil gezogen hat; übrigens darf derselbe, wenn er so belastet ist, daß ihm nicht einmal ¼ des Nachlasses übrig bleiben würde, diesen vierten Theil (quarta Falcidia) abziehen, es wäre denn, daß der Erbe die Erbschaft ohne Inventar angetreten hätte. (M. L. R. Tit. XV. § 2, l. 1 pr. D. [35. 2] pr. J. [2. 22].)

Diesem Abzuge sind unterworfen: alle Vermächtnisse [2]), Schenkungen von Todeswegen, und Schenkungen unter Lebenden, welche erst durch den

---

[1]) Das M. L. R. erwähnt die Quarta Falcidia und Trebellianica nur in Tit. VIII. § 19 ohne sich weiter auf die Darlegung der beiden Rechtsinstitute einzulassen. Eine kurze Auseinandersetzung ist aber hier zum Verständniß der Lehre von den Vermächtnissen geboten, und muß bei der Lücke unseres Statuts aus dem gemeinen Rechte ergänzt werden.

[2]) Auch der auf eine gewisse Sache als Erbe Eingesetzte (heres in re certa institutus) muß sich den Abzug der Quarta Falcidia gefallen lassen, denn nach

Tod des Schenkers gültig werden. (l. 2. 3. 5. 12 C. [6. 50], l. 2 C. [8. 57], l. 32 § 1 D. [24. 1].)

Zu dem Abzug ist jeder Erbe [1]), er sei Testaments- oder Intestat-Erbe, rücksichtlich des ihn treffenden Erbtheiles, d. h. in der Weise berechtigt, daß ihm 1/4 seines Erbtheiles verbleibt [2]). Dabei sind seine aus verschiedenen Gründen erhaltenen Erbtheile als ein Ganzes zu rechnen, außer wenn

a) das Zusammentreffen verschiedener Erbtheile durch das Anwachsungsrecht geschieht. Hier werden die verschiedenen in einer Person zusammentreffenden Erbtheile nur in dem Falle als ein Ganzes behandelt, wenn der eigene Erbtheil über 3/4 beschwert ist.

b) Dasselbe gilt, wenn ein Miterbe als Pupillar-Substitut einen weiteren Erbtheil erhält.

In diesen Fällen kann dem Legatar ein Abzug nicht gemacht werden, wenn zwar der eigene Antheil der Erben für sich, nicht aber das Ganze der vereinigten Erbtheile überlastet ist, wogegen jedoch, wenn nur der hinzukommende, nicht aber der eigene Antheil des Erben überlastet ist, die auf jenen gelegten Vermächtnisse dem Abzuge unterliegen. (Seufferts Pand. Bd. III. § 6. 21.)

Als Consequenz dieser Regeln ist es anzusehen, daß nur directe Erben die Falcidia abziehen können, und daß jedem Erben, und dem, der an ihre Stelle tritt, ein Vortheil seiner Portion frei bleiben muß. (l. 77 D. [35. 2], l. 71 D. [35. 2], l. 3 C. [6. 50], l. 55 § 2, l. 63 § 11 D. [36. 1].)

Legatare können ihren eigenen Legataren nur dann einen verhältnißmäßigen Abzug machen, wenn ihnen selbst ein Abzug gemacht wurde. Legirt z. B. der Testator dem X 100 fl. mit der Auflage auch seinerseits dem Z 100 fl. zu zahlen, so muß X diese 100 fl. ganz entrichten, wenn ihm selbst vom Erben kein Abzug gemacht worden ist. Werden aber dem Legatar X von dem Erben z. B. 25 fl. abgezogen, so kann X seinem Legatar Z wieder einen verhältnißmäßigen Abzug dessen machen, was ihm selbst abgezogen ist. Wenn in diesem Falle ein Testator, welcher nur 100 fl. Vermögen hat, den A zum Universalerben

---

l. 13 C. (6.24) wird er den Legataren gleich geachtet; sie haben an der aktiven und passiven Vertretung des Nachlasses keinen Antheil, müssen diese dem Universal-Successor überlassen, und sind daher für ihre Person als Singular-Successoren wie jeder Vermächtnißnehmer zu betrachten. (Bl. f. R. A. Bd. XVIII. S. 53. * — Vergl. § 184.)

[1]) Nach canonischem Rechte, welches hierin das römische Recht abgeändert hat (cap. 16. 18 X. [3. 26]), dürfen Pflichttheilsberechtigte zuerst den Pflichttheil abziehen, und von dem übrigen Vermögen die Quart.

[2]) Nach Nov. 1 cap. 2 § ult. ist dem Testator gestattet, den Abzug der Quart dem Erben zu verbieten. Das M. L. R. enthält darüber keine Bestimmung, dagegen ist dieses Recht des Testators in der Frankf. Reform. Thl. IV. Tit. 5 § 3 ausdrücklich aufgehoben.

Die Anordnung des M. L. R. in Tit. VIII. § 19 könnte das Bedenken erregen, ob nicht überhaupt dadurch, wie im preuß. Ldr. Thl. I. Tit. 12 § 353—361 der Abzug der Quart habe untersagt werden wollen; allein das M. L. R. wollte nur im Allgemeinen a. a. O. andeuten, daß da, wo Testamentserben und Intestaterben neben einander bestehen, keiner dem andern einen Abzug zu machen berechtigt ist, was auf die Berechtigung des Erben entgegen dem Vermächtnißnehmer keine Anwendung leiden kann (§ 184.)

einsetzt, mit der Auflage als Legat 100 fl. an B zu geben, B aber wieder an C 50 fl., so zieht A dem B 25 fl. als Falcidia ab, und B rechnet mit C so: 100 fl. mußten 25 fl. geben, 50 fl. müssen also $12^1/_2$ fl. geben, mithin sind an C nur $37^1/_2$ fl. zu bezahlen. Dieses erlauben die Gesetze dem B, außer wenn er Jahrgelder zahlen soll, weil die Alimente sich nicht gut mindern lassen, oder wenn der Testator befohlen hat, der Legatar solle Alles Empfangene herausgeben. (l. 32 § 4 D. [35. 2].)

§ 257.

Berechnung der Größe der Falcidia.

Um bemessen zu können, ob und welcher Abzug vom Erben den Vermächtnißnehmern gemacht werden könne, ist zunächst der wahre Werth der Verlassenschaftsmasse im Zeitpunkte des Todes des Erblassers festzustellen. Affectionswerthe der einzelnen Sachen sollen dabei nicht in Betracht kommen (l. 42. 62 § 1 D. [35. 2]), ebensowenig eine spätere Vermehrung oder Verminderung, sei es durch Gewinn oder Verlust, oder durch Erhöhung oder Verringerung der Werthe (§ 2 J. [2. 23]). Wenn sich daher nach dem Tode und bis zur Entrichtung der Legate die Erbschaft so vermehren würde, daß die Vermächtnisse weniger als $^3/_4$ des Nachlasses in Anspruch nehmen, so darf der Erbe doch sein Viertheil nach der Zeit des Todes berechnen; er muß sich dieses aber auch im umgekehrten Falle gefallen lassen, wenn sich die Verlassenschaft in der erwähnten Zwischenzeit verringert. Künftige Forderungen sind dabei mit Berechnung der Zwischenzinsen nach ihrem Werth zur Zeit des Todes in Anschlag zu bringen. (l. 73 § 4 D. [35. 2].) Bedingte Ausstände sind nach ihrem Hoffnungswerthe zu berechnen, oder es kann dieser Punkt auch durch Sicherheitsleistungen geordnet werden, so daß entweder gerechnet wird, als wenn eine unbedingte Verpflichtung vorhanden wäre, oder als wenn gar keine Forderung existirte, und dann Sicherheit geleistet wird, daß der Erbe, im Falle die Bedingung eintritt, entweder das nachzahlt, was er zu wenig gezahlt hat, oder daß die Vermächtnißinhaber das zurückgeben, was sie zu viel erhalten haben. (l. 73 § 1 D. [35. 2].) Ungiebige Ausstände sind ganz außer Ansatz zu lassen, zweifelhafte nach den aufgestellten Regeln zu bemessen. Was jedoch der Erbe in die Verlassenschaft schuldet, ist ganz als Activbestandtheil der Masse beizuschlagen, obgleich diese Schuld des Erben durch den Erbantritt in Folge der Vereinigung erloschen ist, denn der Erbe erscheint um den Betrag seiner Schuld reicher geworden. (l. 1 § 18 D. [35 2].) Umgekehrt kommen auch die Forderungen des Erben an den Nachlaß, sowie überhaupt alle Schulden des Erblassers nach ihrem Stande zur Zeit des Todes von der Masse in Abzug, und es findet darauf Anwendung was von den bedingten Forderungen gilt.

Zu den Lasten der Masse gehören auch die Leichen und Gerichtskosten, sowie die zu entrichtenden Pflichttheile. (§ 3 J. [2. 22]. — l. 1 § 19. l. 2 D. [35. 2]. — l. 72 D. [35. 2]. — l. 22 § 9 C. [6. 30]. — l. 36 § 2 D [3. 28] — cap. 16. 18 X. de testam.)

Im Gegenhalt zu der auf diese Weise nach Abzug aller Lasten gefundenen reinen Erbschaftsmasse sind die wahren Werthe der

Vermächtnisse zur Zeit des Todes des Erblassers zu berechnen. Auf bestimmte Gegenstände gerichtete Vermächtnisse, deren Objekte ohne Schuld des Erben zu Verlust gegangen sind, oder verschlechtert wurden, gelten insoweit als aufgehoben. (l. 30 § 4 D [35. 2].) Bei Vermächtnissen mit beigefügtem Zahltag wird der Vortheil, der daraus während der in Mitte liegenden Zeit entspringt, berechnet (l. 45 pr., l. 73 § 4 D [35. 2], und es wird angenommen, es gehe von der Nachlaßmasse um so viel weniger ab, als der Erbe inzwischen, bis das Legat fällig wird, aus den Nutzungen und Zinsen gewinnt.

Die Entrichtung bedingter Legate bleibt ausgesetzt; die übrigen Legate können gegen Cautionsleistung für den Fall entrichtet werden, daß später je nach dem Ausfall der Bedingung eine Schmälerung des dem Erben gebührenden Viertheiles bewirkt wird. (l. 45 pr. l. 73 § 4 D. [35. 2].)

In das Viertheil muß sich der Erbe selbst Alles einrechnen lassen, was er als Erbe, nicht aber was er als Vermächtniß oder zur Erfüllung einer einem Andern auferlegten Bedingung erhält (l. 74. 91. 76 pr. l. 40 § 1 D. [35. 2]. — § 256), oder was er durch Verkauf einer zahlungsunfähigen Erbschaft, oder vortheilhaftes Uebereinkommen mit den Erbschaftsgläubigern etwa für sich gewonnen hat. (l. 3 pr. § 1 D. [35. 1].)

§ 258.

Rechtsmittel des Erben.

Solange der Erbe noch im Besitze der Erbschaft resp. der Vermächtnisse ist, kann er sich wegen des Abzugs der Falcidia an den einzelnen Vermächtnissen durch Zurückbehaltung (Retention) oder Einrede (exceptio) sein Recht wahren. Auch kann er wegen künftiger Minderung der Erbschaft, resp. wegen Rückzahlung eines Theiles des Vermächtnisses Cautionsleistung von dem Vermächtnißnehmer verlangen. Hat der letztere sich das Vermächtniß ohne den Willen des Erben angemaßt, so steht dem letzteren eine Klage auf Rückgabe zu (interdictum quod legatorum), welche die Erlangung des Besitzes zum Gegenstande hat, weil sich niemand durch eigenmächtige Ergreifung von Vermächtnissen selbst Recht verschaffen soll. (l. 1. 2 D. [43. 3].)

Hat der Erbe, aus Irrthum in einer Thatsache, mehr bezahlt, als er schuldig war, also z. B. das ganze Vermächtniß ohne Abzug der Falcidia, so kann er das zuviel Entrichtete zurückfordern, oder die Sache ganz oder theilweise vindiciren. Hat er aber aus Rechtsirrthum, weil er die Bestimmung über die Quarta Falcidia nicht kannte, mehr entrichtet, als er schuldig war, so kann er nichts zurückverlangen, weil die Gesetze bestimmen, daß man nur Irrenden, aber nicht Unwissenden zu Hülfe komme. (l. 9 § 5 D. [22. 6]. — Nov. 1 cap. 3.)

Es soll daher auch dem Erben, welcher den Bestand der Erbschaft genau kennt, nicht gestattet sein, daß er einzelnen Legataren gleich Anfangs die ganzen Legate auszahlt, andern aber einen Theil zurückbehält, und an die Ersteren Rückforderungen macht, es wäre denn, daß durch einen

unvermutheten Zufall das Erbschaftsvermögen sich verringert hätte, und so die Zurückforderung zulässig geworden wäre.

§ 259.

b) Quarta Trebellianica.

Die Quarta Trebellianica ist jenes Viertheil, welches der direkte Erbe als Fiduciar dem Fideicommissar abzuziehen berechtigt ist. Der mit einem weiteren Fideicommiß beschwerte Fideicommissar hat dieses Recht nicht (§ 7 J. [2. 23], l. 22 § ult. D. [36. 1]) sondern er darf nur gleich dem Legatar verhältnißmäßig abziehen, was ihm abgezogen oder bei Abzug geschenkt wurde. (l. 1 § 19 D. [36. 1]. — Vergl. § 256.) Im Ganzen scheinen die beiden Rechts-Institute der Quarta Falcidia und Trebellianica einander nachgebildet.

II. Besondere Arten von Vermächtnissen.

§ 260.

a) Von Universal-Fideicommissen.

1) Universal-Vermächtniß (fideicommisum universale) ist nach dem neueren römischen Rechte und nach der heutigen Praxis eine letztwillige Verfügung, in welcher einem Erben (Universal-Successor) aufgetragen wird, seine ganze Erbschaft oder einen Bruchtheil derselben an einen Dritteren herauszugeben. Ein solches Vermächtniß hat seit dem S. Ct. Trebellianum die eigenthümliche Natur, daß es rücksichtlich der Errichtung, rücksichtlich des Anfalles und Erwerbes ganz wie jedes andere Vermächtniß, also wie eine Singular-Succession behandelt wird, daß es aber von dem Augenblicke an, wo der damit Belastete seine Verpflichtung durch Herauszahlung erfüllt hat, den Bedachten (Honorirten) zum wirklichen Erben macht. Der Verpflichtete heißt daher heres fiduciarius, und der Bedachte heres fideicommisarius. Eben deßhalb ist aber auch nur da ein Universalvermächtniß vorhanden, wo die Erbschaft selbst (die universitas juris) ganz oder theilweise den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, weßhalb das gemeine Recht auch gewöhnlich den Ausdruck gebraucht „fideicommissarische Erbschaft", (fideicommissaria hereditas). Dagegen ist niemals ein Universalvermächtniß vorhanden, wenn eine Quantität oder einzelne Sachen vermacht sind. (l. 1 § 2. l. 14 § 5. 6. l. 16 § 2 D. [36. 1].)

Die praktische Folge hiervon ist, daß ein Fideicommiß-Erbe selbst wieder mit einem Universalfideicommiß beschwert werden kann, niemals aber ein bloser Vermächtnißnehmer als Singular-Successor. (l. 22 § 5 D. [36. 1].) Die Errichtung eines Universal-Fideicommisses ist nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, wie die eines jeden Vermächtnisses, sie kann ausdrücklich und stillschweigend geschehen, und ist an keinen besonderen Ausdruck gebunden. (Vergl. § 251.)

2) Die Wirkungen des Universal-Fideicommisses treten, wenn es unbedingt angeordnet ist, mit dem Tode des Erblassers, außerdem mit dem Eintritt der Bedingung ein, d. h. der Bedachte erwirbt eine

Forderung gegen den Belasteten auf Herausgabe des Vermächtnisses. (O. A. G. E. vom 14. Januar 1845, Nr. 1084 40/41.)

Dieser Erwerb geschieht, weil er gar nichts Belästigendes hat, ipso jure, auch ohne Wissen des Fideicommissars, und begründet zugleich die Transmission des Fideicommisses auf die Erben des Berechtigten. Die Forderung selbst kann jedoch nicht eher geltend gemacht werden, d. h. die Herausgabe des Vermächtnisses nicht eher verlangt werden, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat. (Dies venit.)

3) Damit übrigens der Erbe eine so wichtige Anordnung, wie die eines Universalfideicommisses nicht vereiteln könne, kann er sogar zur Antretung der Erbschaft gezwungen werden. (§ 7 J. [2. 23] — l. 4. 5. 6 § 5 D. [36. 1].)

Bietet der Fiduciar dem Berechtigten die Herausgabe selbst an (was dieser gewiß thun kann, und zwar um so mehr, als ihm wegen der Haftung für die Schulden des Nachlasses daran liegen kann, die Annahme zur Bemessung seines eigenen Antrittes zu kennen), so gestattet das M. L. R. Tit. XV. § 4 dem Universal-Fideicommissar das jus deliberandi (Bedenkzeit), so gut wie dem direkten Erben selbst.

Die fragliche Herausgabe besteht übrigens nicht in einer förmlichen Tradition der zur Erbmasse gehörigen Objekte, oder in einer besonderen Cession der einzelnen Forderungen oder Uebertragung der Schulden, sondern es genügt die einfache Erklärung des Belasteten, daß er die ganze oder halbe Erbschaft 2c. restituire.

Hiemit treten für den Fideicommiß-Erben dieselben Wirkungen ein, wie für den Fiduciar durch die Antretung der Erbschaft. Der erstere wird also durch diese Erklärung Eigenthümer. Er erhält daher die Eigenthumsklage (rei vindicatio), nicht aber den Besitz der zu seinem Antheil gehörigen Gegenstände. Er kann auf seine Forderungen pro rata klagen, haftet aber auch pro rata den Erbschaftsgläubigern. Seine Succession im Ganzen oder seine Erben-Qualität vertheidigt er mit der hereditatis petitio, ein remedium adipiscendae posessionis hat er aber nicht.

4) Der Antheil des Fideicommissars bestimmt sich im Einzelnen nach der Anordnung des Testators, im Allgemeinen kann er den Nachlaß nur zu 3/4, d. h. nach Abzug der Quarta Trebellianica verlangen. (Vergl. § 259.)

§ 261.

b) Von Prälegaten.

Im Allgemeinen ist Prälegat jenes Legat, welches einem Erben hinterlassen wird (§ 186). Ein Theil der Schwierigkeiten in dieser Lehre entstand daraus, daß man den Begriff in verschiedenem Sinne auffaßte. Viele verstanden darunter auch jenes Legat, welches ein Miterbe dem andern auszahlen sollte, oder welches ein Dritter dem Erben zu zahlen hat. Andere verstehen darunter einen dem einen Erben von der ganzen Erbmasse hinterlassenen Voraus, Andere wieder beziehen den Begriff Prälegat blos auf den Fall, wenn einem Erben ein Voraus mit der Formel »praecipito« gegeben ist.

Ueber die Einzelheiten dieser Lehre muß auf das gemeine Recht verwiesen werden.

§ 262.

c) Weitere Arten von Vermächtnissen.

1) Ueber das Legat einer fremden Sache vergl. § 227.

2) Vermacht jemand eine individuelle Sache oder mehrere solche Sachen von einer Gattung (legatum generis), z. B. eine Brautgabe, Studirkosten, so ist das Legat gültig, wenn es nicht zu allgemein gefaßt ist.

3) Wird jemand ein idealer Theil der ganzen Erbmasse legirt (legatum partitionis), so gehen nach der Abtretung auf den bestimmten Theil die Rechte des Erblassers auf den Legatar über, nicht aber die Schulden. Es muß aber aus dem Testament hervorgehen, daß blos Aktiva, nicht auch Schulden hinterlassen werden sollten.

4) Das Vermächtniß einer Forderung (legatum nominis) berechtigt, gegen den verpflichteten Gläubiger auf Cession seiner Ansprüche zu klagen.

5) Dem Legatar kann das vermacht werden, was er an dem Erblasser oder einem Dritten schuldet (legatum liberationis).

Titulus XII.

Von dem jure accrescendi oder Anwachsungs-Recht unter Erben und Legatarien.

§ 1.

Anwachsungsrecht.

„Weilen die Meinung der Rechtsgelehrten wegen dem „jure accrescendi, oder Anwachsungsrecht unter sich sehr „zertheilet ist, solches aber bisweilen viele Hindernuß im „Urtheilen verursachet, denen vorzubiegen, sollen künftighin „die das Richteramt vertretende Personen folgendes zu ihrer „Richtschnur zu halten haben: Nemlich, daß nicht allein das „jus accrescendi, oder sogenanntes Anwachsungsrecht unter „denen in letzten Willens-Verordnungen eingesetzten Erben, „sondern auch unter denen Legatariis statthabe, es seie dann, „daß der Testator das jus accrescendi ausdrücklich in seiner „letzten Willensverordnung verbotten hätte, und zwar solle das „jus accrescendi unter allen Legatariis Platz haben, sie „seien re et verbis, oder re tantum oder verbis tantum „unter einander verknüpfet, dergestalten, daß wenn einer von „diesen Legatariis seine Vermächtnuß nicht haben wollte, „oder könte, diese Portion nicht dem Erben, sondern denen „übrigen Legatariis zuwachse."

Hat auch bei denen Legatariis ohne Unterschied statt.

§ 2.

Wie solches inter conjunctos Platz habe.

„Jedoch mit der Distinktion und Unterscheid, daß die „re et verbis conjuncti denen anderen vorgezogen werden, „Zum Exempel: der Testirer vermächte dem Titio und Cajo „sein Acker-Gut, und der Cajus verstürbe noch vor dem „Testirer, so wachsete des Caji Antheil, so er an dem Gut „zu hoffen gehabt, dem Titio zu, sollte aber ein Legatarius „re conjunctus, und zwei, so mit Worten verknüpfet wären, „vorhanden sein, von welchen der Letztere das Vermächtnuß „nicht annehmen wollte, v. g. wann einer dem Mevio seine „Weingärten vermächte, sodann diese nämliche Weinberge in „eben demselben Testament dem Sempronio und Sejo zu „gleichen Theilen vermächte, und der Sejus wollte seinen

„Antheil nicht haben, so wachset dieses Theil dem Sempronia „allein, und nicht dem Mevio zu."

§ 3.

Dieses Recht kommt dem Erbschaffts-käufer nicht zu.

„Es ist auch eine nicht minder in Rechten strittige „Frage, wem die Portion des einen Erbens zuwachse, welcher „sie nicht hat annehmen wollen und können, im Fall ein „Dritter dem einen Miterben sein Erbtheil abgehandelt hätte; „damit nun ein jeder Richter wissen möge, wie er diesen „casum auf begebenden Fall zu entscheiden habe, so ordnen „wir, daß diese Portion des einen Erben (der nicht Erb „sein können, oder wollen) nicht dem Erbschafftskäufer oder „Paciscenten, sondern dem verkauffenden Miterben anheim „fallen solle."

---

§ 263.

Begriff des Anwachsungsrechtes.

Nach den in § 253 angeführten Bestimmungen verfällt und erlischt ein Vermächtniß (wird caduc): a) wenn der Vermächtnißnehmer stirbt, entweder vor dem Ableben des Vermächtnißgebers bei unbedingten Vermächtnissen, oder vor Eintritt der Bedingung bei bedingten letztwilligen Verfügungen, b) wenn die vermachte Sache vor dem Tode des Erblassers zu Grunde geht, c) wenn der Legatar das Vermächtniß ausschlägt, d) wenn er unfähig ist, es zu empfangen, vorausgesetzt, daß dem Legatar kein Substitut ernannt ist, oder derselbe die Erbschaft nicht überträgt [1]), falls er selbst das Legat nicht selbst annehmen kann, oder will. (M. L. R. Tit. X. § 1.)

Gleiches gilt von den eigentlichen Erben wie von den Vermächtnißnehmern.

---

[1]) Eine wichtige Wirkung der Erwerbung der Erbschaft besteht darin, daß der Erbe sie als einen Theil seines Vermögens auf seine Erben überträgt (transmittirt). Da nun der Zwangserbe (suus heres) eine ihm angefallene Erbschaft sogleich im Augenblicke des Anfalls von Rechtswegen erwirbt (§ 287), so folgt, daß er dieselbe auf seine Erben transmittirt, wenn er den Erblasser auch nur einen Augenblick überlebte, und selbst dann, wenn er von dem Anfall der Erbschaft gar nichts erfahren hat. (l. 3 C. [6. 30].) Alle übrigen Erben dagegen erwerben eine ihnen angefallene Erbschaft erst durch die Antretung, und daher gilt bei ihnen die Regel: „hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes".

Ausnahmen sind:

a) Wenn der Erbe während der Bedenkzeit stirbt. (l. 69 D. [29. 2]. — M. L. R. Tit. XV. § 3. — l. 19 C. [6. 30]. — Transmissio Justinianea.)

b) Wenn ein von einem Ascendenten im Testament eingesetzter Descendent vor der Antretung stirbt, so überträgt er das Recht, die Erbschaft anzutreten, auf seine eigenen Descendenten, aber nicht auf sonstige Erben. (C. [6. 52]. — Transmissio Theodosiana.)

c) Wenn einem unmündigen Kinde eine Erbschaft anfällt, deren Erwerbung dessen Vater versäumte, so kann dieser nach dem Tode des Kindes die Erbschaft noch für sich erwerben. (l 18 pr. § 1 C. [6. 30]. — Transmissio ex capite infantiae.)

Das Vorableben, das Ausschlagen oder die Unfähigkeit der Erben und Legatare ziehen jedoch nicht immer den Verfall, wenigstens nicht den absoluten Verfall nach sich; es kann nämlich der, welcher vorher stirbt, ausschlägt oder unfähig wird, nur einer von mehreren Erben oder Legataren sein, von welchen jeder zu einem und demselben Ganzen berufen war, und in diesem Falle hat der Ausschluß dieses Legatars offenbar — anstatt den Gegenstand auf die Erbmasse oder den mit dem Vermächtniß Beschwerten zurückfallen zu lassen — die Wirkung, daß er dem Miterben, oder Mitvermächtnißnehmer des Hinweggefallenen einen größeren Antheil an der gemeinschaftlich letztwillig vermachten Sache verschafft. Hier wird also das Vermächtniß oder der Erbtheil nur für einen unter mehreren Vermächtnißnehmern oder Erben wirkungslos (caduc), nicht aber das Vermächtniß im weiteren Sinne selbst.

Die Befugniß des Miterben oder Mitvermächtnißnehmers in dem gegebenen Falle von dem — Mehreren zusammen — vermachten Gegenstande einen größeren Antheil zu beziehen, als er bekommen hätte, wenn alle Berufenen eingetreten wären, führt den Namen Zuwachs- oder Anwachsungsrecht (jus accrescendi, von accrescere, hinzuwachsen, abgeleitet). Es liegt indeß hier eigentlich eher eine Nichtschmälerung des den Mehreren vom Erblasser verliehenen Rechtes auf das Ganze, oder wenigstens eine geringere Schmälerung ihrer Ansprüche vor, dadurch, daß nicht alle Berufenen ihren Antheil in Anspruch nehmen, d. h. die Antheile der übrigbleibenden Erben oder Vermächtnißnehmer werden durch das Hinwegfallen Gleichberechtigter größer. Waren z. B. auf ein Haus im Werthe von 6000 fl. sechs Erben oder Legatare berufen, so beträgt der reelle Antheil eines jeden 1000 fl., fallen aber drei dieser zum Ganzen Berufenen hinweg, so ist der Werth dieses Ganzen nur noch unter drei Berechtigte zu vertheilen, es empfängt also jetzt jeder derselben 2000 fl. Die Lehre vom Zuwachsrecht hängt hiernach mit den Grundregeln des römischen Rechtes über die Erbeinsetzung zusammen, wornach

a) Nach dem Grundsatze, „daß Niemand theilweise mit, theilweise ohne Testament versterben kann", ein einziger, selbst auf eine bestimmte Sache als Erbe Berufener die ganze Erbschaft erhält. (l. 1 § 4 D. [28. 5].)

b) Mehrere solcher Berufenen nach Köpfen und wie Personen erben, welche ohne Angabe der Theile berufen sind. (§ 6 J. [2. 14] l. 9. § 12. 13. l. 10. 36. D. [28. 5].)

c) Das, was nach Vertheilung der ausgesetzten Quoten übrig bleibt, nach Verhältniß dieser bestimmten Antheile unter die Erben vertheilt wird. (§ 6 J. [2. 14].)

Diese Sätze können jedoch, nachdem das M. L. R. in Tit. VIII. § 19 den angeführten obersten Grundsatz der testamentarischen Erbschaft aufgehoben hat, für das M. L. R. nur in modifizirter Weise, ähnlich wie bei den Vermächtnissen, zu Anwendung gebracht werden. (§ 266.)

Aus dem Vorgetragenen ergibt sich, daß das Anwachsungsrecht unter jenen Personen nicht möglich ist, welche zu verschiedenen Sachen, oder, was dasselbe ist, zu derselben Sache aber mit getrennten Theilen berufen werden, denn zwei Theile einer Sache bilden verschiedene Sachen, sobald man sie als von einander getrennt betrachtet. Man drückt dieses bei Vermächtnißnehmern mit den Worten aus, daß ein Zuwachs nur bei

verbundenen Legataren, d. h. bei Legaten, die zusammen vermacht werden, eintrete.

Wann dieses anzunehmen ist, richtet sich zuvörderst nach der Absicht des Testators, welche aus den Umständen sich ergeben muß. Die Gesetze haben jedoch Regeln aufgestellt, nach welchen, wenn die Absicht des Erblassers nicht präcise ausgesprochen ist, entschieden werden soll [1]).

Es gibt demzufolge drei verschiedene Arten, mehreren Personen zugleich dieselbe Sache zu vermachen:

1) Wenn die mehreren Bedachten (Erben oder Vermächtnißnehmer) in demselben Satze zu derselben Erbschaftsquote oder Sache ohne Hinzufügung einer Theilbestimmung berufen sind — re et verbis conjuncti — z. B. dem A und B vermache ich ein Haus. Hier sind A und B durch die Sache (das Haus) und durch die Worte (in demselben Satze) verbunden. (l. u. § 11 C. [6. 51].)

2) Wenn von mehreren Bedachten jeder auf dieselbe Sache oder Quote, aber in verschiedenen Sätzen berufen ist, z. B. „Ich vermache mein Wohnhaus dem A" und in einem anderen Satze „Ich vermache mein Wohnhaus dem B" — re tantum conjuncti. — (l. 142 D. [50. 17] l. 15 D. [28. 5].)

3) Wenn die Mehreren zwar in demselben Satze zu derselben Quote oder Sache, aber mit Bestimmung von Theilen berufen sind — verbis tantum conjuncti —, z. B. „Ich vermache dem A und B mein Haus zu gleichen Theilen", oder auch „jedem zur Hälfte." Dieser Fall unterscheidet sich von jenem unter Nr. 1 dadurch, daß keine Solidaransprüche zusammentreffen, sondern jeder von Anfang schon auf etwas Besonderes angewiesen ist.

Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die blos mit Worten verbundenen Vermächtnißnehmer das Anwachsungsrecht haben, ist für das M. L. R. Tit. XII. § 2 bejahend entschieden, jedoch ist dabei der Unterschied gemacht, daß die durch die Sache und durch Worte verbundenen Legatare den übrigen Collegataren vorgehen, die letzteren mögen blos durch die Sache, oder blos durch Worte verknüpft sein.

§ 264.

Allgemeine Lehren.

1) Wenn von zwei zum Ganzen Berufenen der Eine hinwegfällt, so kann der Andere nicht erklären, daß er nur die Hälfte annehmen wolle, sondern er muß das Ganze nehmen, oder das Ganze ausschlagen, m. a. W. mit der Annahme des Vermächtnisses erwirbt er unzertrennlich das Anwachsungsrecht. (l. 35 pr. l. 53 § 1 D. [29. 2].)

Ausnahmen erleidet dieses:

a) Wenn ein Erbtheil dadurch frei wird, daß der Miterbe, welcher ihn bereits erworben hat, gegen den Erwerb in integrum restituirt wird, denn die Folgen dieser Restitution sind höchstpersönliche. (l. 61 D. [29. 2].)

---

[1]) Nach l. 80 D. (32) bedeutet eine verbundene Erbeinsetzung oder ein verbundenes Vermächtniß so viel, daß die ganze Erbschaft oder das ganze Vermächtniß zwar Einzelnen gegeben wird, daß aber die Theile durch das Zusammentreffen Mehrerer entstehen.

b) Wenn ein Hauskind von dem Rechte der Entsagung auf die Erbschaft nach vorausgegangener Antretung des Miterben Gebrauch macht, so hat dieser Miterbe oder auch sein Erbe die Wahl, ob er sich den Anwachs jener ausgeschlagenen Portion gefallen lassen, oder auch seine ursprüngliche Portion aufgeben will. (l. 55. 56 D. [29. 2].)

2) Wenn dem hinweggefallenen Legatare Auflagen gemacht waren, welche mit dessen Vermächtnißantheil nicht zusammenhängen, so werden diese durch Zuwachs nicht auf den anderen Legatar übertragen. (l. 29 § 3 D. [31].)

Ruht die Last jedoch auf dem Legate selbst, so erscheint sie nicht dem einen oder anderen Mitvermächtnißnehmer in der Weise speziell auferlegt, daß sich der andere beim Anwachs derselben entschlagen könnte, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers aus seiner Verfügung zu entnehmen ist. (l. 61. § 1. l. 74. D. [30]. — Vangerow, Lehrb. Bd. II. § 496. V.)

3) So wenig gemeinrechtlich die Bestimmung umgangen werden kann, daß bei der testamentarischen Erbfolge über den ganzen Nachlaß verfügt werden muß, ebensowenig steht es gemeinrechtlich in der Willkühr des Testators, das Anwachsungsrecht direkt zu verbieten, er kann es nur indirekt durch Anordnung von Substitutionen verhindern. (l. 9 D. [38. 16]. — Vergl. § 263.) Nachdem jedoch das M. L. R. in Tit. VIII. § 19 jene gemeinrechtliche Bestimmung aufgehoben hat, ist es consequent verfahren, indem es in Tit. XII. § 1 dem Erblasser gestattet, in seiner letzten Willensverordnung das Anwachsungsrech tzu untersagen.

4) Ausgeschlossen wird das Anwachsungsrecht

a) Durch Substitutionen; es kann der Testator, statt es bei dem Anwachsungsrechte zu belassen, dem Miterben oder Mitvermächtnißnehmer Nachfolger benennen. (l. u. § 7 in f. C. [6. 51].)

b) Durch die Uebertragung (Transmission) der Erbschaft. (l. u. § 5 C. [6. 51]. — Vergl. § 263 not.*)

c) Durch Unwürdigkeit des Berufenen. (l. 2. § 1. l. 12. l. 18. § 1. l. 21. D. [34. 9] l. 60 § 1 D. [35. 1] l. 14 D. [49. 14].)

d) Durch Antretung des betreffenden Miterben oder Mitlegatares.

e) Wenn einer Person blos ein Maximum bestimmt ist, welches sie nicht überschreiten darf, z. B. bei den auf den Pflichttheil Gesetzten, oder bei dem Kindstheile des überlebenden Ehegatten. (Tit. VIII. §10. 15.)

Sind alle Kinder der früheren Ehe mit dem zweiten Ehegatten zu gleichen Theilen berufen, so findet natürlich das Anwachsungsrecht auch für den Ehegatten statt, und ebenso wenn die Kinder zu gleichen Theilen eingesetzt sind, der Ehegatte aber auf weniger, weil er dann durch das Anwachsungsrecht nicht mehr erhalten kann, als eines der Kinder. Nur in dem Falle also, wenn dem einen der Kinder ein kleinerer Theil zugewendet wäre, als den übrigen, kann das Princip der Beschränkung zur Anwendung kommen. Wendet der Testator dem Ehegatten mehr zu, als einem Kinde, so fällt das Mehr von selbst den Kindern nach gleichen Theilen zu. (M. L. R. Tit. VIII. § 10.) Dennoch kann daneben auch ein Zuwachsrecht bestehen, wenn nämlich eines der höher bedachten Kinder ausfällt, und sich dadurch der Erbtheil des am mindesten bedachten Kindes erhöht, dann kann der Theil des Ehegatten um eben soviel durch Zuwachs vermehrt werden.

Handelt es sich also um ein ausgefallenes Erbrecht oder Vermächtniß, so tritt

1) die Intestaterbfolge ein, wenn nur ein einziger Erbe ernannt war, welcher nicht antreten kann oder will, oder wenn auf diese Weise alle ernannten Miterben hinwegfallen.

2) Bleibt einer oder bleiben mehrere Miterben, so tritt das Anwachsungsrecht für die Verbliebenen ein, falls den Ausgefallenen keine Substituten gegeben waren, oder dieselben die Erbschaft nicht auf ihre eigenen Erben übertragen konnten.

3) Hinweggefallene Vermächtnisse verbleiben, wenn keine Substitution oder kein Anwachsungsrecht stattfindet, dem damit belasteten Erben, oder der Nachlaßmasse.

§ 265.

Vom Anwachsungsrecht bei der Intestaterbfolge.

Da bei der Intestaterbfolge jeder, auch der entferntere Erbe ein eventuelles Erbrecht für den Fall hat, daß der nähere Erbberechtigte zur Zeit des Anfalles hinweggefallen ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der durch Hinwegfallen eines Intestaterben erledigte Erbtheil demjenigen zukommt, welcher ihn erhalten haben würde, wenn der Wegfallende schon Anfangs nicht vorhanden gewesen wäre. (l. 12 pr. D. [37. 4], l. 5 § 1 D. [38. 6], l. 1 § 10 D. [38. 9].)

Die in derselben Klasse der Intestaterbfolge stehenden Personen werden hiebei als verbunden betrachtet, weil sie gleiche Rechte auf den Erwerb der angefallenen Erbschaft haben; ebenso erscheinen die Descendenten desselben Stammes, und die Ascendenten derselben Linie als verbundene Personen, welchen die Portion des ausgefallenen Mitverbundenen anwächst. Das Anwachsen geschieht hier nach Verhältniß der Intestaterbportion.

Das Anwachsungsrecht kann also nur ein Intestaterbe geltend machen, welchem die Erbschaft wirklich angefallen ist. Wer folglich zur Zeit des Todes des Erblassers durch einen der Klasse nach näheren Verwandten ausgeschlossen war, hat kein Recht darauf, denn er kann keinen Theil einer Erbschaft in Anspruch nehmen, welche nicht ihm, sondern einem Anderen deferirt ist.

Es ergibt sich daraus auch, daß nur diejenigen das Anwachsungsrecht haben, deren Erbtheil durch das Verbleiben des Hinwegfallenden geschmälert würde. Wenn also von mehreren Enkeln einer hinwegfällt, so kommt dessen Erbtheil lediglich seinem eigenen Stamme, also seinen Geschwistern oder Geschwisterkindern zu gut, und fällt erst an einen anderen Stamm, wenn dieser Enkel keine Geschwister oder Geschwisterkinder mehr hat.

An diesen gemeinrechtlichen Sätzen des Anwachsungsrechtes bei der Intestaterbfolge hat das M. L. R. nichts geändert.

266.

Vom Anwachsungsrecht bei der Testamentserbfolge.

a) Bei eigentlichen Erben.

Nach Tit. VIII. § 19 des M. L. R. kann der Fall eintreten, daß der Testator nur zu einem Theile seines Nachlasses Testamentserben ernannt hat, und daß dann der Rest des Nachlasses den Intestaterben

zufällt. Obgleich nun in Tit. XII. § 1 auch „dem in letzten Willensverordnungen eingesetzten Erben“ das Anwachsungsrecht gestattet ist, so ist es doch sofort nach Vergleichung dieser Gesetzesstelle mit Tit. VIII. § 19 klar, daß sich das Anwachsungsrecht der Testamentserben nicht über jene Quoten des Nachlasses hinauserstrecken kann, worüber der Testator wirklich verfügt hat; denn gemeinrechtlich gehören zwar solche von den Dispositionen des Testators nicht betroffene Nachlaßtheile auch pro rata den eingesetzten Erben, nach M. L. R. aber den Intestaterben. Sind die im Testament Berufenen zu bestimmten Sachen oder Summen eingesetzt, so sind sie ohnedieß nur als Vermächtnißnehmer zu betrachten (vergl. § 184. 193. 199, 222 nr. 1), sind sie aber auch auf Theile des ganzen Nachlasses eingesetzt, so ist doch ihr Erbrecht durch die angewiesenen Theile einerseits, und anderseits durch die Intestaterben begrenzt. Innerhalb dieser Schranken muß sich daher auch ihr Anwachsungsrecht bewegen, und sie erscheinen mithin in Rücksicht auf die ganze Nachlaßmasse eigentlich nur als Singularsuccessoren. Es bestehen sonach in dem gegebenen Falle nach dem Wortlaute des Gesetzes Tit. VIII. § 19: „daß nämlich dasjenige oder derjenige Theil, wovon der Testirer in seinem Testament nicht gedacht, seinen nächsten Anverwandten zufallen soll“ zwei verschiedene, und zwar abgesonderte Erbschaftsrechte neben einander, die testamentarische Erbfolge bezüglich des vom Testator im Testament erwähnten Vermögens, und die Intestaterbfolge bezüglich des Restes seines Nachlasses, „dessen er im Testamente nicht gedacht hat.“ Sind nun im Testamente wirkliche Erben benannt, so sind sie immer durch die Sache verbunden, weil sie als Erben auf aliquote Theile des ganzen Nachlasses, also zu derselben Sache berufen sein müssen; ein durch Ausfall eines Testamentserben erledigter Erbtheil kommt daher wie im gemeinen Rechte den übrigen Testamentserben, und nicht den Intestaterben zu gut; ein ausgefallenes, im Testament errichtetes Vermächtniß ist dagegen nach den Regeln über das Anwachsungsrecht der Collegatare (§ 195 nr. 4, § 267) zu beurtheilen.

Eine weitere Abweichung vom gemeinen Rechte hat das M. L. R. nicht bestimmt, als in Tit. VIII. § 19 gelegen ist, und es folgt hieraus auch nicht, daß man das Anwachsungsrecht von dem Testamentserben auf die Intestaterben fortwirken lassen müsse. Dadurch, daß das M. L. R. das Anwachsungsrecht für die „in letztwilligen Verfügungen eingesetzten Erben“ in Tit. XII. § 1 ausdrücklich von jenem der Legatare ausgeschieden hat, hat es auch den Grundsatz, — daß der Erbe die Erbschaft als ein ideales Ganzes erwirbt, und dessen Recht durch die auf gleiche Weise Mitberufenen blos beschränkt wird, bei deren Hinwegfallen aber seinen vollen Umfang annimmt — wenn auch nicht im ganzen Umfange des gemeinen Rechtes, jedoch im Sinne des Tit. VIII. § 19 voll berücksichtigt. Es findet nämlich das Anwachsungsrecht unter den in einem Testamente eingesetzten Erben ebenso wie im gemeinen Rechte statt, denn nach Tit. VIII. § 19 haben die Intestaterben nur auf jene Bestandtheile des Nachlasses einen Anspruch „wovon der Testirer in seinem Testamente nicht gedacht hat.“ Werden diese Bestimmungen des M. L. R. strenge im Auge behalten, so finden sich darin die dem Anwachsungsrecht gemeinrechtlich unterstellten Grundsätze ausgeprägt: a) es soll verhindern, daß die Portion des hinwegfallenden Miterben an die Intestaterben gelange, b) die Vermuthung, daß der

Testator die eingesetzten Erben seinen Intestaterben vorziehen wollte, da es ohnedieß nach Tit. XII. § 1 in seiner Willkühr lag, das Anwachsrecht zu verbieten.

Hiezu kommt noch, daß das M. L. R. vermöge seiner gemeinrechtlichen Basis so ausgelegt werden muß, wie es sich namentlich in den aus dem gemeinen Rechte entnommenen Lehren am wenigsten von diesem entfernt.

Es muß daher (vorausgesetzt, daß ein entgegengesetzter Wille des Testators nicht erhellt) präsumirt werden, der Erblasser habe zwei Haupttheile seines Vermögens, den einen für die Testaments-Erben, den anderen für die Intestaterben hinterlassen wollen, so daß, wie auch nach gemeinem Rechte, anzunehmen ist, alle Miterben seien in Bezug auf die getroffene Hauptabtheilung der ganzen Erbschaft durch die Sache verbunden (re conjuncti), oder eventuell (falls alle ihre Miterben hinwegfallen) auf den ganzen Haupttheil berufen. Unter diesen Miterben können aber dann Einzelne oder Mehrere in ein näheres Verhältniß zu einander durch die Art der Anordnung gestellt werden, welche dann weiter beim Eintritt oder Wirksamwerden des Zuwachsrechtes als näher Verbundene den übrigen Miterben entgegengesetzt zu betrachten sind. Wenn daher nach M. L. R. auch alle Miterben als Verbundene bezüglich der einen Hauptabtheilung des Nachlasses (wie gemeinrechtlich in Rücksicht des ganzen Nachlasses) erscheinen, so können doch einzelne derselben ein vorzüglicheres Recht in Anspruch nehmen, soferne sie unter sich selbst wieder — durch die gemeinschaftlich zugewiesene Sache bei Vermächtnissen, oder durch den gemeinschaftlich zugewiesenen arithmetischen Theil der Hauptabtheilung bei wirklichen Erbschaften, oder durch die gebrauchten Worte — vorzugsweise und besonders verknüpft sind.

Hiernach lassen sich folgende Regeln des Anwachsungsrechtes bei letztwilligen Verfügungen aufstellen:

1) Wenn eine Erbportion ausfällt, so wächst sie dem testamentarischen Miterben mit allen Lasten als Nebentheil ihrer eigenen Erbportion zu; auch kann der Erbe dem Anwachsungsrecht nur in den § 264 erwähnten Ausnahmen entsagen. Besteht unter Einzelnen dieser Miterben keine bevorzugtere Verbindung, so erhalten Alle gleiche Theile, soferne sie zu gleichen Erbtheilen berufen sind, andernfalls Antheile nach Verhältniß ihrer ursprünglichen Portion.

2) Wird ein Erbtheil vacant, und sind unter den mehreren Erben einige, und zwar rücksichtlich eines bestimmten Erbtheiles in einem besonderen Satze des Testamentes berufen (also re et verbis conjuncti), deren Erbtheil hinwegfällt, so wächst die vacante Portion nur denjenigen zu, welche mit dem hinweggefallenen Erben in dieser engeren Verbindung stehen.

3) Die Bestimmung unter Nr. 2 ist durch Tit. XII. des M. L. R. auch auf jene Miterben ausgedehnt, welche entweder durch Worte oder auch nur durch die Sache berufen sind. (Vergl. § 263.)

4) Fällt ein in einem besonderen Satze eingesetzter Erbe aus, so wächst dessen Portion allen, sowohl den besonders, als den in Verbindung eingesetzten Erben zu, doch sind die in Verbindung gesetzten Erben nur zu einer Portion berechtigt.

5) Die Frage, ob der Käufer (§ 319) einer Erbschaftsportion auf dasjenige einen Anspruch hat, was zu der ihm verkauften Portion durch Zuwachs hinzukommt, ist im gemeinen Rechte streitig.

Das M. L. R. hat in Tit. XII. § 3 nach juristischer Consequenz angenommen, daß die frei werdende Portion nicht dem Käufer, sondern dem verkaufenden Miterben zufallen soll, weil diesem auch nach dem Verkaufe die Eigenschaft eines Miterben geblieben, und der Käufer durch den Kauf nicht Miterbe geworden ist.

Durch eine besondere Bestimmung der Contrahenten kann dieses jedoch selbstverständlich abgeändert werden.

§ 267.

b) Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

Bei Vermächtnissen besteht nicht wie bei Erbschaften der Grundsatz, nach welchem das Anwachsungsrecht der zusammen Berufenen aus der Untheilbarkeit des diese Successionsart bestimmenden letzten Willens hervorgeht; es ist daher nicht nothwendig, daß mehrere Vermächtnißnehmer in einer engeren Verbindung stehen.

Wenn über eine solche engere Verbindung gleichwohl dieselben Grundsätze wie bei Erben angenommen werden müssen (§ 266), so unterscheiden sich die Vermächtnisse von den Erbschaften doch darin, daß, sobald eine nähere Verbindung vom Erblasser nicht geschehen ist, das ausfallende Legat nicht den übrigen Legataren (wie bei Erbschaften den Miterben) zufällt, sondern erlöscht, und entweder der mit dem Vermächtniß Belastete von seiner Verpflichtung frei wird, oder der Vermächtnißtheil der Erbmasse verbleibt, und auf diese Weise den Testamentserben, oder dem Intestaterben zu gut kommt, jenachdem gemäß Tit. VIII. § 19 des M. L. R. über den ganzen Nachlaß, oder nur über einen Theil desselben disponirt ist.

Als verbunden gelten nach M. L. R. alle auf dieselbe Sache oder mit denselben Worten Berufenen nach den im § 263 bereits aufgeführten Regeln [1]).

[1]) Ueber das Anwachsungsrecht bei Erbverträgen enthält weder das gemeine noch das M. L. R. Bestimmungen. Wendet man den Grundsatz, daß die ernannten Erben dem Erblasser lieber gewesen seien, als seine Intestaterben, und daß die Intestaterbfolge ebenso wie durch Testamente durch Verträge abgeändert wird, auf die Erbverträge an, so wird man auch analog bei den letzteren das Anwachsungsrecht wie bei Testamenten stattfinden lassen müssen.

Titulus XIII.

Wie und aus was Ursachen eine letzte Willens-verordnung entkräfftet, umgestoßen und aufgehoben werden könne.

§ 1.

Die erste wird durch die letzte aufgehoben.

„Alle letzte Willens-Verordnungen mögen von dem „Testatore aufgehoben, und geändert werden, so offt er „will, und wird die vorhergehende durch die folgende und „letzte aufgehoben, obschon er in der letztern keine ausdrückliche „Meldung gethan, daß er die erste aufhebe."

§ 2.

Der überlebende Ehe-Genoß mag sein Testament änderen.

„Hätten zwei Ehe-Leuth mit einander ein Testament „gemacht und eines wäre aus ihnen gestorben, ohne daß es „solches seines Orths widerruffen hätte, so kan doch gleich-„wohlen das überlebende Ehe-Genoß seines widerruffen, auf-„heben, und nach Belieben änderen."

§ 3.

Niemand kan sich der Gewalt, zu testiren, benehmen.

„Es mag auch die erste Disposition aufgehoben werden „durch die letztere, obschon in ersterer gemeldet worden, daß „er keine mehr machen wolle, oder wann er auch schon eine „machen würde, solche doch an sich selbsten nichtig, oder un-„gültig und unkräfftig sein solle.

§ 4.

Wann die letzte Mangelhaft, geltet die vorhergehende.

„Bestunde aber die letzte disposition wegen einem oder „andern Mangel nicht, so bleibet alsdann die erste bei ihren „kräfften, wann solche ohne rechtlichen Mangel sich errichtet „befindet."

§ 5.

Die Mit-Einsetzung eines Fremden.

„Wären in der ersten des Testatoris Kinder zu Erben „eingesetzt, in letzterer aber auch Fremde nebst denen Kindern, „so solle diese letztere doch gelten, obschon die erste nicht „wäre ausdrücklich aufgehoben worden."

§ 6.

Wie es cassirt wird.

„Eine letzte Willens-Verordnung wird auch aufgehoben, „wann sie der Testator zerreisset, oder durchschneidet, oder „gänzlich durchstreichet, es seie gleich eine schrifftliche oder „mündliche Disposition, welche mündlich vor Zeugen oder „denen Gerichten aufgerichtet, und nur mehrerer Prob wegen „zu Papier gebracht werden, und solchen falls kommet die „Verlassenschaft denen zu, welche den Testatorem geerbt hätten, „wann er sonst ab Intestato gestorben wäre, das ist: als „wann er gar keine letzte Willens-Verordnung gemacht hätte.

§ 7.

Wie ein solches widerruffen werde.

„Ferner wird eine Dispositio aufgehoben, wann der „Testator dieselbe vor so viel Zeugen, als eben bei Machung „eines Testaments erfordert werden, oder denen Gerichten „wiederruffet, und aufhebet, ob er schon keine andere Dis„position gemacht hätte, und succediren alsdann seine nächsten „Erben ab Intestato."

§ 8.

Enterbung hebt das Testament auf, und wann.

„Eben also wird eine letzte Willens-Verordnung um„gestoßen, wann ein Kind darinnen enterbt ist aus solchen „Ursachen, welche in denen gemeinen Rechten nicht ausdrücklich „enthalten seind, obschon diese angeführte Ursachen ebenso „erheblich, oder gar erheblicher wären, oder wann die „Enterbungs-Ursach in dem Testament nicht mit klaren Worten „und ausdrücklich wäre gesetzt worden, oder könte nicht er„wiesen werden."

§ 9.

Deßgleichen die vor oder nach dem Testament gebohrne und übergangene Kinder.

„Weiter zerfallet ein Testament, wann ein Kind darin „weder eingesetzt, noch rechtmäßig enterbet ist, es seie vor oder „nach dem Testament gebohren, sondern darin stillschweigend „übergangen worden, es mögen die Elteren an selbiges ge„dacht haben, oder nicht, oder es seien Ursachen vorhanden, „aus welchen es hätte enterbet werden können, oder nicht, „stürbe aber ein nach gemachtem Testament gebohrnes Kind „annoch bei Leben seiner Eltern, so bleibt ein solches vor „der Geburt sothanen Kindes gemachtes Testament dannoch „bei seinen Kräfften; und was von denen Kindern dahier

„gesagt worden, solches ist auch von denen Enkelen, und „ihren Groß=Eltern zu verstehen, wann nemlich die Elteren „vor denen Kinder, bei Leben der Groß=Elteren, versterben „würden."

§ 10.

Ordensstand entkräfftet nicht.

„Ein Testament, so einer gemacht, ehe er in einen „geistlichen Orden getretten, oder auch ehe er an den Orden „gedacht, wird nicht unkräfftig durch diese Eintrettung."

§ 11.

Aufhebung schadet dem Contrakt nicht.

„In Testamenten können auch Contracten, und der= „gleichen Geding mit eingesetzt werden, welche ohnverruckt „stehen bleiben, wann schon das Testament von einem oder „beiden Theilen aufgehoben wird."

§ 12.

Zwei ohne Dato bestehen nicht.

Das aber worin Jahr-Zahl, ist gültig, wann eines das letzte zu sein nicht bewiesen wird.

„Hinterliese jemand zwei Testamenten, und mann wüste „nicht, und könte auch nicht dargethan werden, welches das „letzte aus beiden wäre, so geltet keines. Hätte aber eines „davon eine Jahrzahl beigesetzet, das andere nicht, so geltet „jenes, worinnen die Jahrzahl befindlich ist, das andere aber, „worinnen keine Jahrzahl sich befindet, ist von keinem Werth „zu achten, es könte dann durch hinlängliche Beweiß dar= „gethan werden, daß dasjenige Testament, worinnen Jahr „und Datum ausgelassen worden, das letztere seie, auf welchen „Fall dann dieses letztere seine vollständige Gültigkeit hätte."

§ 13.

Die Beschädigung deren Sigillen entkräfftet es nicht, wann es nicht mit Fleiß geschehen.

„Wären die an einem Testament etwa angehängte oder „beigedruckte Siegelen gantz ab, oder also beschädiget, daß „sie unkantbar wären, so thuet ein solches Testament dannoch „bestehen, es seie dann, daß erwiesen werde, daß der Testator „selbst solche ab= oder zerrissen habe, und daß solches mit Fleiß „und vorsätzlich geschehen seie."

§ 14.

Die Umstoßung nutzet allen Kinder ab intestato.

„Würde ein Vatter oder Mutter oder beide ein Testa= „ment ihres Kindes umstoßen, weilen er oder sie darinnen „nicht gedacht werden, so succedirt nicht allein der Vatter „oder die Mutter, sondern auch deren übrige Kinder gleich „als wäre deren respective Kind oder Bruder oder Schwester „ohne Testament verstorben."

§ 15.

Die Impugnirung

„Gäbe ein Kind das producirte Testament für nichtig „aus, könte aber dieses nicht erweisen, so ist ihm nicht

schließet die Actionen nicht aus. „verwehrt, querelam inofficiosi oder respective actionem „in supplementum anzustellen, wenn ihme sein Pflicht-Theil „nicht, oder wenigstens nicht ganz wäre verschaffet worden.“

---

§ 268.

Von der Ungültigkeit der Testamente im Allgemeinen.

Ein Testament wird solange als gültig betrachtet, bis ein Fehler desselben, oder ein anderer Grund nachgewiesen wird, weßhalb es entweder schon von Anfang an ungültig war, oder doch in der Folge ungültig wurde. Ein von Anfang ungültiges Testament kann nie gültig werden, mögen auch die Verhältnisse sich später so gestalten, daß unter ihnen das Testament hätte gültig errichtet werden können (regula Catoniana). (l. 29. 210 D. [50. 17]. — l. 1—5 D. [34. 7].)

Die Einweisung des Testamentserben in den Besitz der Erbschaft hat zu geschehen, sobald derselbe dem Richter ein weder durchstrichenes, noch aufgehobenes, noch sonst in irgend einem Theile fehlerhaftes, sondern ein in seiner gegenwärtigen Gestalt fehlerfreies und mit den Unterschriften der gesetzlichen Anzahl von Zeugen bekräftigtes Testament vorzeigt. (l. 3 C. [6. 33]. — A. G. E. vom 4. Januar 1822.)

§ 269.

1) Von Anfang an ungültige Testamente.

Von Anfang an ist ein Testament ungültig:

1) Wenn in Ansehung der äußeren Form etwas versehen ist (testamentum non jure factum). (§ 188—194.)

2) Wegen Unfähigkeit des Testators. (Vergl. § 205—220.)

3) Wegen Unfähigkeit des Erben. (§ 221.)

4) Wegen irriger, als Bestimmungsgrund der letztwilligen Verfügung wirkender Voraussetzungen, Irrthum, Betrug, Zwang, Furcht ꝛc. (§ 205.)

5) Wegen wesentlicher Mängel der Willenserklärung. (§ 205 nr. 2.)

6) Wenn in Ansehung des wesentlichen Inhaltes des Testamentes, nämlich der gehörigen Berücksichtigung der Notherben und Pflichttheilsberechtigten etwas versehen ist. (M. L. R. Tit. XIII. IX. 7 § 8. 9. — Vergl. § 208. 209. 235. — Testamentum injustum.)

§ 270.

2) In der Folge ungültig gewordene Testamente.

a) Wegen Verlustes der Fähigkeit zu testiren.

Die Gültigkeit eines Testamentes hängt davon ab, daß derjenige, welcher es errichtet, die Testirfähigkeit nicht nur zur Zeit der Errichtung,

sondern auch zur Zeit seines Todes gehabt habe. Verliert er diese, so wird das ganze Testament ungültig und unwirksam (testamentum irritum). (§ 4. 5. J. [2. 17]. l. 6 § 5 D. [28. 3] § 6. J. [2. 17]. — l. 12 pr. D. [28. 3].)

§ 271.

b) Durch Wegfallen des eingesetzten Erben.

Ist entweder der eingesetzte Erbe nicht fähig, die Erbschaft zu erwerben (§ 221) oder hat er die Erbschaft nicht antreten wollen oder können, so wird die Erbfolge aus dem Testamente vereitelt — testamentum destitutum. —

Es kommt dann zur reinen Intestaterbfolge, soferne nicht wegen Vorhandenseins von Miterben das Anwachsungsrecht stattfindet. (§ 266.)

Enthält das Testament die Codicillar-Clausel, so bleiben die im Testament enthaltenen Vermächtnisse aufrecht, und sind daher die Intestaterben vermöge Intestat-Codicills zu deren Auszahlung verpflichtet. (Vergl. § 201 nr. 5.)

§ 272.

c) Durch spätere Geburt eines Notherben.

Wenn der Testator nach Errichtung des Testamentes, sei es durch ehliche Erzeugung, oder durch Legitimation oder Adoption (§ 231 not.*) noch einen Notherben erhält (was auch für Großeltern rücksichtlich ihrer Enkel gilt), auf welchen im Testament nicht die gehörige Rücksicht genommen ist (M. L. R. Tit. XIII. § 9), wird das Testament seinem ganzen Inhalte nach ungültig (testamentum ruptum), soferne nicht durch Hinzufügung der Codicillar-Clausel die Vermächtnisse erhalten werden. (Vergl. § 201 nr. 4.)

§ 273.

d) Durch Willensänderung des Testators.

Ein rechts- und formgültig bestehendes Testament wird aufgehoben, wenn der Testator seinen Willen ändert, was ihm zu jeder Zeit freisteht, selbst dann, wenn in dem Testament erklärt wäre, daß er kein weiteres Testament machen wolle, oder daß ein allenfalls später errichtetes Testament ungültig sein solle. (l. 4 D. [34. 4]. — M. L. R. Tit. XIII. § 1. 3. — Vergl. § 225 nr. 1.)

Es gehört diese Widerruflichkeit absolut zum Begriff der Testamente (§ 186) als Unterscheidungsmerkmal zwischen der testamentarischen und vertragsmäßigen Erbfolge; sie findet daher auch bei gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute statt (M. L. R. Tit. XIII. § 2), und zwar so, daß jeder Gatte unabhängig vom andern seine Verfügung, selbst wenn der andere Gatte bereits gestorben ist, stets widerrufen kann. (Vergl. § 202. 204.) Ueber die Widerruflichkeit der correspectiven Testamente vergl. § 203. Die Willensänderung des Testators kann nun geschehen:

1) Durch Widerruf des Testamentes, ohne an dessen Stelle ein neues zu setzen. Gemeinrechtlich steht fest, daß durch blosen

Widerruf ein Testament nur dann ungültig werde, wenn seit der Errichtung zehn Jahre verflossen sind; der Ablauf dieses Zeitraumes hatte nach altem Rechte an und für sich ein Testament schon ungültig gemacht (l. 27 C. [6. 23]), allein nach M. L. R. Tit. XIII. § 7 kann dieses geschehen, wenn dabei dieselben Förmlichkeiten beobachtet werden, welche überhaupt zur Errichtung eines Testamentes nothwendig sind.

Ueber den Widerruf gerichtlicher Testamente vergl. § 192.

Ueber die Aufhebung der Vermächtnisse durch Willensänderung vergl. M. L. R. Tit. XI. § 1. — § 253.

2) Durch Errichtung einer neuen letzten Willensverordnung. Uebereinstimmend mit dem gemeinen Rechte (§ 2. 7. J. [2. 17]. — l. 11. 16. D. [28. 3] wird nach M. L. R. Tit. XIII. § 1. 3. 4. durch Errichtung eines weiteren Testamentes das vorausgegangene in allen seinen Theilen aufgehoben, wenn dieses auch im zweiten Testament nicht ausdrücklich erklärt sein sollte. Die Zeugen, durch welche sowohl die Verfertigung als die Widerrufung eines letzten Willens bewiesen werden soll, müssen hiezu erbeten, und auch alle zugleich anwesend sein. (M. L. R. Tit. VIII. § 7. — XIII. § 4. — Erk. des Rev.-G. vom 21. Januar 1789, J. S. Keßler gegen Happel.)

Es wird nur vorausgesetzt, daß das spätere Testament in seinen äußeren Förmlichkeiten zu Recht beständig sei (§ 7. J. [2. 17]. — l. 2. D. [28. 3]. — M. L. R. Tit. XIII. § 4), weil es sonst kein Testament ist, indem es an der Gewißheit des Willens mangelt.

Gemeinrechtlich besteht ein Unterschied, ob das neue Testament wegen äußerer oder innerer Mängel ungültig wird, indem im letzteren Falle anzunehmen ist, die Absicht des Erblassers, seine frühere Verfügung aufheben zu wollen, gehe auch aus einem mit inneren Mängeln behafteten Testamente mit genügender Sicherheit hervor. Allein nach M. L. R. Tit. XIII. § 4 ist zwischen äußeren und inneren Mängeln nicht unterschieden, es tritt also die Intestaterbfolge nicht ein, sondern es bleibt die ältere Disposition in Kraft, sobald die spätere „wegen einem oder andern Mangel" nicht besteht.

Hat der Erblasser das ältere Testament in dem neuen ausdrücklich bestätigt, so muß man wegen der Subsidiarität des gemeinen Rechtes annehmen, daß das erstere als Codicill, und die darin angeordnete Erbeinsetzung als Fideicommiß aufrecht bleibe. (l. 12. § 1 D. [28. 3].) Wenn es indeß nach gemeinem Rechte (§ 3 J. [2. 17]) auch als eine stillschweigende Bestätigung des ersteren Testamentes erachtet wird, sobald der im späteren Testament eingesetzte Erbe nur auf eine bestimmte Sache oder Summe ernannt ist, und dann das Uebrige an die im ersten Testament ernannten Erben als Fideicommiß herausgeben muß, so kann doch diese Bestimmung auf das M. L. R. nicht bezogen werden, weil sie mit dem hier aufgehobenen Rechtssatze „Niemand kann theils mit, theils ohne Testament versterben" (§ 184) zusammenhängt, und weil übereinstimmend damit in Tit. XIII. § 1 klar und unbedingt ausgesprochen ist, daß frühere Testamente durch spätere vollständig vernichtet werden.

Es ergibt sich daraus die Absicht des Gesetzgebers, welche in der Voraussetzung liegt, der Testator habe bei Errichtung des neuen Testamentes seinen Willen kund gegeben, alle seine früheren letztwilligen Verfügungen, also auch die in früheren Codicillen errichteten Vermächtnisse

abändern zu wollen (mögen diese Codicille im früheren Testamente bestätigt sein oder nicht), wenn er nicht in dem neuen Testament die älteren Verfügungen ganz oder theilweise bestätiget hat. Diese Wirkung tritt folglich auch dann ein, wenn der Erblasser in dem späteren Testamente nicht über seinen ganzen Nachlaß, sondern nur über einen Theil desselben zu Gunsten eines andern als des früher eingesetzten Erben verfügt hat, denn der Gesetzgeber hat in Tit. XIII. § 1 seine früheren Bestimmungen in Tit. VIII. § 19 über theilweise letztwillige Verfügungen ganz bei Seite gelassen, und nicht blos von Testamenten, sondern allgemein von „allen letzten Willensverordnungen“, also auch von Codicillen resp. Vermächtnissen gesprochen, wiewohl gemeinrechtlich mehrere Codicille neben einander bestehen können. Jedoch hat die Praxis angenommen, daß durch ein späteres Codicill ein früheres Testament nicht aufgehoben werde, und daß die darin errichteten Vermächtnisse neben den früheren gelten. (Erk. des Rev.-G., J. S. Freder gegen Freder vom 11. September 1774. — § 196.)

Kann nicht ausgemittelt werden, welches von den mehreren Testamenten das ältere oder jüngere sei, so gilt keines derselben; enthält eines dieser Testamente die Zeit der Errichtung, so ist dieses solange als das gültige zu erachten, bis dargethan wird, daß das Testament ohne datum das jüngere sei (M. L. R. Tit. XIII. § 12.). Wenn aber hergestellt ist, daß die vorhandenen Testamente zu gleicher Zeit errichtet wurden, so werden sie als ein einziges angesehen, und beide als das letzte betrachtet. (l. 1. § 6 D. [37. 11].)

Gleichgültig ist es, ob das jüngere Testament gerade so errichtet wurde, als das ältere, wenn es nur in seiner Weise als förmliches oder privilegirtes Testament rechtsbeständig ist. (l. 2. D. [28. 3] l. 36. § 4 D. [29. 1].)

Nach einer speciellen Vorschrift des gemeinen Rechtes (Nov. 107 cap. 2) soll ein privilegirtes Testament der Eltern unter Kindern (§ 207) wenn es von den Eltern nicht vernichtet wurde, nicht durch ein weiteres privilegirtes, sondern nur durch ein gewöhnliches förmliches Testament aufgehoben werden können.

Das M. L. R. scheint diese Bestimmung nur dann gelten lassen zu wollen, wenn in dem letzteren Testamente außer den Kindern auch Fremde bedacht sind (Tit. XIII. § 5), weil dann überhaupt die privilegirte Form (Tit. VIII. § 14) für die Gültigkeit des letzten oder ersten Testamentes nicht genügt. (§ 207.) Ist aber das letztere Testament der Eltern bei Einmischung von Fremden in der gewöhnlichen Form errichtet, so ist dadurch das frühere privilegirte Testament aufgehoben, auch wenn die Aufhebung darin nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde. Das Statut hat damit eine juristische Controverse entschieden, nach welcher von mehreren Juristen (Stryk de C. T. cap. 10. § 31. 31) angenommen wurde, bei privilegirten Testamenten der Eltern liege die Clausel der Unwiderruflichkeit schlechthin, oder wenigstens in der Weise zu Grund, daß die Aufhebung nur durch ausdrücklichen Widerruf geschehen könne, wenn in dem späteren Testamente auch fremde Personen zu Erben eingesetzt werden [1]).

---

[1]) Einzelne Statutarrechte, z. B. die Frankf. Reform. Thl. IV. Tit. VII. § 2 weichen bezüglich des Widerrufes früherer Testamente durch spätere vom gemeinen Rechte aus Gründen der Rechtssicherheit, und um Unterschiebungen möglichst

Ist ein früheres Testament durch ein neueres einmal widerrufen, so bleibt es ungültig, selbst wenn das neuere Testament seine Wirksamkeit verlieren, z. B. wenn der Testator bei Errichtung des neuen Testamentes erklären sollte, daß er das frühere Testament abändern wolle. Durch die Zurücknahme des neuen Testamentes tritt dann die Intestaterbfolge ein, und es wird angenommen, der Testator sei ohne Testament gestorben. (§ 2 J. [2. 17].) Die Wiederherstellung des früheren Testamentes wird nur dann angenommen, wenn der Testator das spätere Testament in der Absicht vernichtet hat, damit das ältere wieder gültig werde. (l. 11 § 2 D. [37. 11].)

3) Durch absichtliche Vernichtung des Testamentes in seinen wesentlichen Theilen. Es gilt dieses nach Tit. XIII. § 6 sowohl von den schriftlichen Privattestamenten, als von den mündlichen, welche des besseren Beweises wegen in eine schriftliche Form gebracht worden sind (§ 191.)

Wenn die in einem Testamente noch lesbare Schrift absichtlos verwischt oder durchstrichen wurde, so bleibt das Testament gültig, geschah dieses absichtlich, so ist es ungültig. Durch theilweise Durchstreichung oder Vertilgung des Inhaltes wird blos das Getilgte ungültig. Ist nur die Erbeinsetzung durchstrichen, so bleiben die Vermächtnisse gültig, wenn nicht die Absicht des Testators nachgewiesen werden kann, daß er das ganze Testament dadurch habe aufheben wollen; die letztere Absicht läßt sich nicht präsumiren, weil eine gänzliche Aufhebung des Testamentes sich auf das Einfachste durch Zerreißen bewirken läßt. Thut dieses der Testator nicht, so kann vermuthet werden, er habe wenigstens den nicht durchstrichenen Theil des Testamentes erhalten wissen wollen. (l. 2 D. [28. 4] l. 30. C. [6. 23]. — l. 2. § 7. l. 8. § 3 D. [37. 11] l. 1. D. [28. 4]. — Vangerow, Lehrb. Bd. II. § 460 II. 2. — Höpfner, Inst. § 518.)

Die Frage, ob eine solche Auslöschung oder Aenderung vom Testator herrühre, ob sie unabsichtlich oder durch eine Fälschung eines Dritteren bewirkt sei, ist im gewöhnlichen Beweisverfahren aufzuklären. Wird das Testament beim Testator selbst zerrissen aufgefunden, so läßt sich vermuthen, daß er selbst und zwar absichtlich diese Handlung vorgenommen habe, hatte aber ein Anderer das Testament in Verwahrung, so ist das Gegentheil anzunehmen. (Thibaut § 977.) Der Inhaber des Testamentes würde dann zu beweisen haben, daß ihm der Testator solches durchstrichen, zerrissen ꝛc. übergeben habe.

Die Beschädigung und Unkenntlichmachung der dem Testamente angehängten oder beigedruckten Siegel schadet der Gültigkeit des Testamentes nicht, weil die Sieglung eines Testamentes nach Tit. VIII. § 6 des M. L. R. kein wesentliches Erforderniß einer solchen Urkunde ist. Will indessen jemand aus einer solchen Beschädigung die Ungültigkeit eines Testamentes ableiten, so muß er nach Tit. XIII. § 13 darthun, daß sie vom Testator und in der Absicht geschah, seinen letzten Willen zu vernichten, indem schon nach allgemeinen Grundsätzen (l. 27 C. [6. 23]) der Testator seinen Willen, das Testament widerrufen zu wollen, klar an den Tag legen soll.

---

zu verhüten, dahin ab, daß sie in späteren Testamenten eine ausdrückliche Zurücknahme der früheren fordern, da auch zur blosen Aufhebung eines Testamentes, sobald kein neues an seine Stelle gesetzt wird, ein ausdrücklicher Widerruf in einem förmlichen Testamente nöthig ist.

Offenbar liegt der angeführten Stelle des M. L. R. die l. 30 C. (6. 23), l. 1 § 10 u. 11 D. (37. 11) zu Grunde.

Die Frankf. Reform. enthält in Thl. IV. Tit. 7. § 3 eine gleiche Bestimmung. Es läßt sich aus den angeführten Stellen des gemeinen Rechtes leicht erkennen, daß es sich eigentlich um den Beweis der Aechtheit eines entsiegelt aufgefundenen Testamentes handelt, an welchem die Namen der Zeugen auf dem versiegelten Umschlage angebracht waren.

§ 274.

c) Durch Umstoßung eines Testamentes.

Ein Testament, welches mit der querela inofficiosi testamenti angefochten, und durch richterliches Erkenntniß aufgehoben wird, ist nach M. L. R. Tit. IX. § 4, XIII. § 14 vollständig ungültig [1]), obgleich gemeinrechtlich dadurch nur die Erbeinsetzung (als das Wesen eines gemeinrechtlichen Testamentes) ungültig wird. (Nov. 115 cap. 3 u. 4. — Vergl. § 234 u. 235.)

Die Klage auf Nichtigkeit des Testamentes wegen anderer Gründe außer der Enterbung oder Uebergehung der Pflichttheilsberechtigten ist die hereditatis petitio qualificata, und zielt nicht nur auf Anerkennung der Qualität als Erbe und Rescission des Testamentes, sondern auch auf Herausgabe der Erbschaft selbst. Die Herausgabe der Erbschaft mit Nutzungen ist bei der mala fides des Besitzers auch nach M. L. R. Tit. XXXI. § 2 begründet. (A. G. E. vom 21. Juni 1841 Nr. 2930.)

Der herauszugebende Nachlaß ist zu inventiren oder zu manifestiren, widrigenfalls die Petenten zum juramentum in litem zuzulassen sind. (Tit. VI. § 1 des M. L. R. — A. G. E. vom 20. Februar 1843 Nr. 2323.)

Wird das Testament aufgehoben, so tritt die Intestaterbfolge ein. (Erk. des Rev.-G. vom 21. Januar 1789, J. S. Keßler gegen Happel.)

---

[1]) In diesen beiden Stellen des M. L. R. wird die Anfechtung eines Testamentes wegen Uebergehung oder ungerechter Enterbung der Pflichttheilsberechtigten mit „Umstoßen" bezeichnet; ein Testament „Umstossen" soll aber nach Tit. XIII. § 14 denselben Erfolg haben, als wenn der Testator „ohne Testament" verstorben wäre, d. h. ein umgestoßenes Testament ist völlig, und seinem ganzen Inhalte nach aufgehoben.

Titulus XIV.

Von Succession und Erb=Fällen ab intestato.

§ 1.

Wie rechte Kinder und Enkeln ab intestato.

„Die Kinder sollen Erben, wann sie aus einer Ehe „seynd, ihre Eltern in gleiche Theil, und wann etwa ein oder „anderes aus diesen Kinder mit Todt vor denen Eltern „wäre abgangen, welche ein= oder mehrere Kinder nach sich „im Leben hinterlassen würden, so sollen diese Enkelen in ihrer „Großeltern Verlassenschaft ihrer vorverstorbenen Eltern nach= „gebliebenen vollbürthigen Geschwistern in die Stämm suc= „cediren, und dieses alsofort mit denen übrigen in absteigender „Linie, solang deren einige übrig seind, eben also auch, wann „keine Kinder da seynd, die Enkeln ihren Großeltern in die „Stämm succediren."

§ 2.

Wie die aus verschiedener Ehe.

„Wann aber Kinder aus zweien oder mehreren Ehen „vorhanden wären, so erbet ein jedes, auf obbeschriebene „Weiß nur dasjenige, was seine rechte Elteren an Zugebracht= „und Errungenem verlassen haben; von dem Stief=Vatter oder „Stief=Mutter aber erben sie nichts."

§ 3.

Wie die Eltern und Großeltern erben.

„Verstirbt jemand ohne Kinder, so erbt des Verstorbenen „Vatter und seine Mutter, und wenn auch diese todt wären, „alsdann der Großvatter oder die Großmutter, und also „weiter fort in aufsteigender Linie, und dieses in gleiche „Theil ohne einigen Unterschied, es seien des Verstorbenen „Güter oder Vermögen hergekommen, woher sie wollen."

§ 4.

Die Eltern schließen die Großeltern aus.

„Ist aber nur eines deren beiden Eltern annoch in „Leben, und auch nur eines deren Großeltern übrig, so „schließt das, so von denen Eltern annoch im Leben, es seie

„der Vater oder die Mutter, die Großeltern aus, und erben „die annoch lebende Eltern das verstorbene Kind allein, es „bestehe die Erbschaft aus Gütern, so von denen Großeltern „Männ- oder Weiblicher Linie herkommen, oder aus anderen „durch seinen Fleiß erworbenen Sachen angeschaffet worden."

§ 5.

Die Großeltern succediren allzeit in die Häupter.

„Die Groß- oder Urgroß-Eltern von beiden Seiten, „wann sie in gleichem Grad seynd, erben ihre Enkelen in gleiche „Theile, obschon sie nicht an der Zahl einander gleich seynd, „sondern etwan von mütterlicher Seiten der Großvater, und „die Großmutter, von der väterlichen Seiten aber nur allein „der Großvater bei dem Leben sich befinden."

§ 6.

Wie und wann Geschwister und Enkel mit denen Groß- und Eltern erben.

„Hat das verstorbene Kind nebst seinen Eltern oder „anderen in grad aufsteigender Linie rechte Geschwister von „beiden Bänden, die erben dasselbe mit diesen in gleiche „Theil, wie auch der etwan abgelebten rechten Geschwister-„Kinder, jedoch erben diese letztere nur in die Stämme, die „die Halb-Geschwister aber und deren Recht- und Halb-„Geschwister Enkel oder Ur-Enkel sollen mit denen Eltern „nicht zu der Erbschaft deren Verstorbenen kommen."

§ 7.

Wie rechte Geschwister und Geschwister Kinder

„Wann nun keine Erben aus grader ab- oder auf-„steigender Linie vorhanden wären, so erben alsdann die „rechte Brüder und Schwestern in gleiche Theil, und mit ihnen „ihre Schwester- oder Bruder-Kinder in die Stämme."

„Seynd keine Geschwister vorhanden, sondern nur „Geschwister-Kinder, die erben in die Häupter, und werden „von demselben ausgeschlossen die Halb-Geschwistere."

Wie, wann und was die Halbgeschwister erben.

„Wann aber keine vollbürtige Brüder oder Schwestern, „noch auch deren Kinder vorhanden seynd, so werden alsdann „die Halbgeschwister zur Erbschaft gelassen, nämlich es erben „die Halb-Geschwister vom Vater her dasjenige, so ihr Halb-„Bruder oder Schwester von der väterlichen Linie her hat, „die Halb-Geschwister aber von der mütterlichen Linie be-„kommen dasjenige, so von der Mutter herkommt, in dem „übrigen aber, so der Verstorbene von einer Zwerch-Linie „oder sonsten her bekommen, succediren sie in gleiche Theil."

§ 8.

Wie und wer nach deren Tod succedire.

„Da aber eins oder das andere aus diesen Halb-„Geschwistern todt wäre, so succediren derer, oder dessen „Kinder in die Stämm mit dessen Geschwistern, und diese „alle excludiren des abgelebten Halb-Bruders Vaters Bruder „und Schwester oder Mutters Bruder und Schwestern von „dessen Erbschaft."

§ 9.

Wer nach den Geschwister-Kindern erbe.

„Nach denen Geschwister-Kinder sollen erben die Nächste „aus der Nebenlinie, sie seien aus einem Vater und Mutter, „oder zweien Vätern und Müttern erzielet, und zwar in die „Häupter."

§ 10.

Wan ein Ehe-Gatten andern

„Verlasset aber der Verstorbene keine Erben aus ab- „oder aufsteigender, noch aus der Zwerch-Linie bis zu dem „zehenden Grad, juxta computationem civilem, das ist: „Nach denen gemeinen weltlichen Rechten, so succedirt ihm „der letztüberbliebene Ehegatt, welches aber nicht auf die „würklich verlobte Braut oder Bräutigam, sondern nur auf „die würklich Verheurathete zu verstehen ist."

„In dem Fall aber in obgemelten zehnden Grad kein „Anverwandter noch Ehe-Gatt vorhanden, alsdann solle das „sich vorfindende Vermögen auf Unsern Fiscum vererbfället „sein."

§ 11.

Wie es mit der Verlassenschaft eines 25 Jahre Abwesenden zu halten.

„Sollte sich nun die Frag erregen: Ob der oder die- „jenige, wegen deren Erbschaft Ansprach geschiehet, todt seye „oder nicht, so sollen sothane Erben bei Gericht anzeigen, „daß der oder die abwesende Person 25 Jahr abwesend ge- „wesen, ohne daß man in diesen 25 Jahren von ihr das „geringste vernommen, oder einige Nachricht gehabt, mithin „selbige vor todt achteten, solches auch mit gutem Beweiß- „thum oder mit einem Ayd darthun, oder erhärten, wie auch, „daß sie die nächste Erben zu des Abwesenden Vermögen „seien gewesen, welchen alsdann des Abwesenden und vor „todt Gehaltenen ganze Verlassenschaft von dem Gericht ab- „gefolget, aber zuvor wohl inventirt, und alles taxirt, sodann „das Inventarium bei Gericht verwahret werden solle, damit, „wann etwan der für todt Geachtete sich wiederum einfinden, „oder dessen rechte Leibs- oder Testaments-Erben anmelden „sollten, man wissen möge, was und von wem sie die zeitliche „Verlassenschaft fordern sollen und mögen, zu dem End' „dann dieselbe auch ein ausdrücklich Unterpfand auf die zur „Erbschaft gehörige liegende Güter bis auf 50 Jahr haben „sollen."

und was dabei zu beobachten sei.

„Wann aber die Verlassenschaft in Baarschaft oder „Mobilien bestände, sollen die Erben um künftiger Sicherheit „willen ein gerichtliches Unterpfand geben, und falls sie wegen „Armuth dieses nicht könnten, sollen dieselbe Effecte ver- „silbert, und das Kapital auf gerichtlich Unterpfand aus- „gelehnt, und denen bei Gericht sich gemeldeten Erben nur „der Genuß bis 50 Jahr gelassen werden."

„Nach diesen Jahren aber solle ihnen, oder ihren Erben „die Erbschaft pleno jure ohne einige Ansprach gehören, „vorher aber kann es der Abwesende oder dessen Erben annoch „vindiciren, wovon jedoch ausgenommen ist der gehabte Genuß,

„als welcher von denen besitzenden Erben, wenn sie in bona „fide bis dahin verbleiben, nicht erstattet, oder zurück gegeben „werden solle.“

§ 12.

Wegen Ausländischen ist das Reciprocum zu beobachten.

„Schließlich wollen und verordnen Wir, daß die Unter„thanen solcher Länder, worin Unsere Unterthanen zu Erb„schaften nicht gelassen werden, auch in Unseren Landen zu „einer Verlassenschaft nicht gelassen werden sollen.“

---

§ 275.

Einleitung.

Stirbt jemand, ohne nach seinem freien Willen, sei es durch Testament, Codicill, Vertrag oder Schenkung, über sein Vermögen auf den Todesfall Verfügung getroffen und jemand zu seinem Nachfolger berufen zu haben, so tritt, weil jeder einen Rechtsnachfolger haben muß, die gesetzliche oder Intestaterbfolge ein.

Bei jedem Todesfall ist daher zunächst darauf zu sehen, ob der Verlebte in einer der angegebenen Arten über seinen Nachlaß Bestimmungen getroffen hat [1]). Ist dieses geschehen, und sind willkührlich berufene Erben vorhanden, so haben diese, obgleich sie mit dem Erblasser nicht verwandt sein mögen, doch vor allen gesetzlichen Verwandten den Vorzug, mit Ausnahme des den letzteren etwa gebührenden Pflichttheiles.

Ist dagegen keine letztwillige Verfügung vorhanden, oder wäre, oder würde solche kraftlos und nichtig, so erben diejenigen Personen, welche durch das Gesetz zur Repräsentation des Verstorbenen berufen sind [2]).

Dieses Erbrecht tritt mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers ein (§ 6 J. [3. 2] — l. 2 § 5 D. [38. 16]), stirbt dagegen jemand mit Hinterlassung eines Testamentes, so wird auf den Zeitpunkt gesehen, wo es gewiß ist, daß aus dem Testamente niemand Erbe sein werde, weil dann erst der Erblasser eigentlich als testamentslos verstorben zu betrachten ist.

Der vom Gesetze Berufene muß zur Zeit des Anfalles allgemein erbfähig sein, und bis zur Erwerbung des Nachlasses erbfähig bleiben.

Bei der gesetzlichen Erbfolge handelt es sich nicht um Succession an einzelnen Sachen, sondern am ganzen Vermögen, denn die Gesetze haben nicht, wie es dem freien Willen des Erblassers möglich ist, zwischen Rechten und Verbindlichkeiten des letzteren ausgeschieden, sondern beide Arten des Nachlasses, die Activa sowohl, als die Schulden müssen eine

---

1) Im Zweifelsfalle wird vermuthet, daß jemand ohne Testament oder Erbvertrag gestorben sei, weil die Intestaterbfolge die gesetzliche ist. Wer sich auf solche Urkunden beruft, muß daher ihr Dasein beweisen. Der Intestaterbe hat blos seine Verwandtschaft mit dem Erblasser darzuthun.

2) Die Intestaterbrechte sind nicht nach den Gesetzen des Ortes, wo etwa der Erblasser eine Ehe geschlossen hat, sondern nach dessen letztem Wohnort zu beurtheilen, und nicht mit den ehlichen Güterrechten, und was daraus dem einen oder anderen Gatten, oder dessen Erben zukommt, zu verwechseln. Eine Ausnahme kann bei Liegenschaften, z. B. Stamm- oder Fideicommiß-Gütern eintreten, auf welche die Rechte des Ortes der gelegenen Sache Einfluß üben.

Vertretung in der Person des Erben finden (hereditas est successio in universum jus defuncti).

§ 275 a.

Von der Erbfähigkeit.

Um eine Erbschaft zu bekommen, muß man die Fähigkeit haben, sie zu erwerben, und darf ihrer nicht unwürdig sein. Die Unfähigkeit hindert die Entstehung, die Unwürdigkeit die Erhaltung des Erbrechtes.

1) Um erben zu können, muß man nothwendiger Weise in dem Augenblicke, in welchem die Erbfolge eröffnet wird, existiren.

Nichterbfähig ist daher: a) derjenige, welcher noch nicht empfangen ist; die Empfangenen sind erbfähig, weil man sie als lebend betrachtet, wenn es sich um ihren Vortheil handelt (pr. J. [1. 4]. — l. 18. 26 D. [1. 5]. — l. 7 § 1 D. [1. 9]); b) das Kind, welches nicht lebensfähig geboren wurde (oder welches als Mißgeburt oder Ungeheuer geboren wurde, wie die Gesetze sagen (l. 3 C. [6. 29]). Die Lebensfähigkeit wird an jedem sicheren Lebenszeichen erkannt. (Thibaut, § 121); c) derjenige, welcher bürgerlich todt ist. (l. 8 C. [6. 24] — vergl. § 133.)

2) Der Erbfolge sind unwürdig, und werden daher davon ausgeschlossen: a) derjenige, welcher den Verstorbenen ums Leben gebracht, oder ums Leben zu bringen versucht hat, und deßhalb verurtheilt ist (l. 3 D. [34. 9]. — l. 10 C. [6. 35]); b) derjenige, der gegen den Verstorbenen eine Kapital-Anklage vorgebracht hat, welche nachher für verläumderisch erklärt worden ist (l. 1 D. [34. 9]; c) ein volljähriger Erbe, der, obschon ihm bekannt war, daß der Verstorbene ermordet wurde, dieses bei Gericht nicht angezeigt hat; d) außerdem gehören hierher noch die in den Gesetzen aufgeführten Ursachen, durch welche die Unwürdigkeit verwirkt wird: nämlich wer den Erblasser an der Errichtung eines Testamentes hindert (l. 1. D. [29. 6]) — wer das vom Testator errichtete Testament vernichtet (l. 26 D. [48. 10]) — wer durch eine Klage den Stand eines Erblassers streitig macht (l. 9 D. [34. 9]) — wer bei Lebzeiten des Verstorbenen über dessen Vermögen als wirklicher Erbe disponirt hatte (l. 2 D. [34. 9]) — wer vernachlässigt hatte, den wahnsinnigen Erblasser zu pflegen — wer als Vormund das seiner Pflege anvertraute Mädchen verführt hatte. (l. 1 D. [34. 9].)

Der Unwürdige wird indeß nicht von Rechtswegen von der Erbschaft ausgeschlossen, sondern der Besitz geht auf ihn, wie auf die anderen Erben über, weil auch die zur Enterbung im Testamente gültigen Gründe vom Testator angeführt werden müssen, um zur Wirksamkeit zu gelangen. (M. L. R. Tit. XIII. § 8.) Die Folgen der Unwürdigkeit können den Erben nur durch ein ausdrückliches Urtheil treffen, und es werden dadurch die Eigenthumsrechte mit rückwirkender Kraft aufgelöst.

Es folgt hieraus, daß Veräußerungen des Erben, die er vor seiner Unwürdigerklärung zu Gunsten Dritter, im guten Glauben befindlicher Personen (M. L. R. Tit. XXXII. § 2), vorgenommen hat, gültig seien, jedoch mit Vorbehalt des Regresses, welchen die wahren Erben deßwegen gegen ihn zu nehmen berechtigt sind.

Wegen des Ausschlusses des Vaters kann dieser auch an dem zur Erbschaft gehörigen, auf die Kinder übergegangenen Vermögen keinen Nießbrauch in Anspruch nehmen, indem sonst die unwürdigen Eltern indirekt bekämen, was ihnen direkt vom Gesetz verboten ist.

§ 276.

Von der Eröffnung einer Erbschaft und dem Uebergang des Besitzes auf die Erben.

Die Erbschaft einer Person wird offen mit dem Augenblicke ihres natürlichen Todes. Es ist also von Wichtigkeit, diesen Augenblick zu kennen, insbesondere wenn der Erbe selbst ungefähr im gleichen Momente mit der Person gestorben ist, um deren Erbfolge es sich handelt.

Sind beide genau zu derselben Zeit gestorben, dann konnte der Nachlaß des Erblassers nicht durch den Erben erworben werden, und es liegen dann zwei verschiedene Erbschaften vor, deren jede gesondert auf den Erben eines jeden Todten übergeht. Ist der letztere zufällig an und für sich der Erbe beider, so kann er, wenn beide Erbschaften geschieden, auf ihn fallen, die eine antreten, die andere ausschlagen.

Während z. B. nach französischem Recht art. 724. 777 die Annahme der Erbschaft nur die schon durch den Tod des Erblassers begründete Eigenschaft des Erben unwiderruflich macht, wird nach gemeinem Rechte zur Erlangung der Qualität eines Erben die Antretung erfordert; diese kann unbedingt oder unter Vorbehalt des Erbverzeichnisses (sub beneficio inventarii) geschehen.

Diese Bedingung ist aber die einzige, von welcher die Antretung abhängig gemacht werden kann, denn man kann nicht blos einen Theil oder nur für eine bestimmte Zeit antreten. Es gilt dieses auch von Miterben, denn das blose Zusammentreffen mehrerer Personen, welche gleiche Rechte haben, führt nur eine thatsächliche Theilung herbei, ungeachtet welcher jeder auf das Ganze berufen wird, und somit nur die ganze Erbschaft annehmen kann. Daraus folgt, daß, wenn nach der Annahme Seitens eines Erben die Anderen verzichten, oder ihre Annahme wieder umstoßen, der andere durch das Anwachsungsrecht für das Ganze Erbe wird.

Das Verhältniß, an welches das Gesetz die Berufung zur Intestaterbfolge zunächst geknüpft hat, ist die Verwandtschaft mit dem Erblasser ohne Vorzug eines Geschlechtes vor dem andern. Nur in Ermangelung von Verwandten oder unter besonderen Umständen werden einige andere Verhältnisse berücksichtigt, z. B. die Wittwe. (M. L. R. Tit. XIV. § 10. — Seufferts Pand. § 554.)

§ 277.

Von den Verwandtschaftsverhältnissen.

Die Grundsätze der Verwandtschaftsverhältnisse, welche dem M. L. R. zu Grunde liegen, sind jene des gemeinen Rechtes. Das M. L. R. verordnet darüber weiter nichts, als daß bezüglich der Nähe der Verwandtschaft nach Graden, die Berechnungsart des römischen Rechtes zu Grunde

gelegt werden soll. (Tit. XIV. § 10.) Es wird daher hier auf das gemeine Recht verwiesen.

§ 278.

Von Repräsentationsrecht, Erbvertretung.

Erbvertretung nennt man die Erdichtung, durch welche das Gesetz einen Verstorbenen in der Person seines Kindes [1]) wieder aufleben läßt, so daß dieses in den Grad seines Vaters hinaufgesetzt wird (M. L. R. Tit. II. § 12, Tit. XIV. § 6), und bei der Erbschaft die Rechte ausübt, die sein Vater ausgeübt hätte, wenn er noch am Leben wäre. Da man niemand repräsentiren kann, der zur Zeit der Erbschaftseröffnung noch lebte, so kann man also weder den vertreten, der auf diese Erbschaft verzichtet hat, noch den, der davon als unwürdig ausgeschlossen worden ist.

Uebrigens ist die Erbvertretung nicht zu Gunsten aller Verwandten gestattet, sie ist nur zulässig für Abkömmlinge der Kinder und der Geschwister des Erblassers, aber bei diesen gilt sie bis in das Unendliche, d. h. das Kind kann seinem Vater, durch diesen seinen Großvater, durch seinen Großvater seinen Urgroßvater ꝛc. vertreten.

Dadurch, daß diese Erdichtung die Erbvertreter an die Stelle der Vertretenen setzt, und ihnen nur die Rechte gibt, welche der Vertretene selbst hätte, wenn er noch am Leben wäre, folgt, daß beim Zusammentreffen dieser Erbvertreter mit anderen Erben, mögen diese ebenfalls kraft Erbvertretungs- oder kraft eigenen Rechtes eintreten, die Theilung der Nachlaßgüter nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen zu geschehen hat, d. h. so, daß die Erbvertreter einer und derselben Person nie für mehr, als für eine Person zählen.

Bei der Succession der Ascendenten werden die von den beiden Eltern des Erblassers ausgehenden zwei Stämme Linien genannt. In diesen Linien findet eine Repräsentation nicht statt. (M. L. R. Tit. XIV. § 4. 5.)

§ 279.

Von der Successionsordnung.

I. Im Allgemeinen.

Das Gesetz bestimmt die Art und Weise der Vertheilung der Erbschaft unter mehreren nach der Erbfolgeordnung zu der Erbfolge berufenen Personen.

Nicht alle Personen indeß, welche überhaupt ab intestato successionsfähig sind, gelangen beim Tode des Erblassers immer zugleich zur Succession, sondern es geschieht dieses nach einer gewissen Reihenfolge, welche man die Erbfolge- oder Successions-Ordnung (ordo succedendi) nennt. Diese beruht bei den Verwandten zunächst nicht sowohl auf der Nähe des Grades der Verwandtschaft mit dem Erblasser, als vielmehr auf der Art

---

[1]) Das Repräsentationsrecht beruht also auf dem nächsten Familienbande, dem der direkten Abstammung oder Erzeugung, findet daher auf Ascendenten keine Anwendung. (Vergl. § 288.)

derselben, ob nämlich jemand Descendent, Ascendent, oder Seitenverwandter des Erblassers ist.

Zur leichteren Uebersicht dieser Erbfolgeordnung sind die Verwandten in verschiedene Klassen gebracht, von welchen die vorausgehende Klasse immer die nachfolgende in der Weise gänzlich ausschließt, daß, solange noch Personen der vorausgehenden Klasse vorhanden sind, niemand von der folgenden Klasse zur Erbfolge gelangen kann, wenn auch die Personen dieser Klasse näher verwandt sind, als die noch übrigen Personen der vorigen Klasse. So schließen Urenkel des Erblassers dessen Geschwister aus, obgleich letztere im zweiten, erstere nur im dritten Grade mit ihm verwandt sind.

In jeder Klasse für sich gibt der Regel nach die Nähe des Grades der Verwandtschaft den Vorzug. Diese Nähe der Verwandtschaft wird nach den Verhältnissen bestimmt, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers, und wenn derselbe verschollen ist, zur Zeit bestehen, wo derselbe für todt erachtet wird. Bei den Klassen findet daher eine Erbfolge nach Graden und nach Ordnungen statt (successio graduum et ordinum), d. h. wenn der in einer Klasse dem Grade nach zunächst Gerufene hinwegfällt, und keine Miterben hat, oder diese ebenfalls sämmtlich hinwegfallen, so gelangt die Erbschaft (devolvitur) an diejenigen, welche in derselben Klasse nach dem Wegfallenden die zunächst Gerufenen sind (successio graduum). Wenn aber in derjenigen Klasse, zu welcher die zunächst Gerufenen aber wegfallenden Erben gehören, keine erbfähigen Personen mehr vorhanden sind, oder wenn sämmtliche Erben dieser Klasse nach der successio graduum hinwegfallen, so gelangt nun die Erbschaft an die in der folgenden Klasse zunächst gerufenen Erben (successio ordinum — § 7 J. [3. 2] — § 4. 5 J. [3. 9] X. — Ulpian 28. 11.)

Bei der Vertheilung des Nachlasses ist bei den Descendenten und Seitenverwandten zunächst auf den Ursprung des Vermögens zu sehen, ob es von väterlicher oder mütterlicher Seite herstammt. Außerdem erfolgt die Vertheilung auf folgende Weise:

a) Entweder so, daß die Erbschaft in so viele gleiche Theile getheilt wird, als erbende Personen vorhanden sind, von denen jede einen Kopftheil erhält (successio in capita).

b) Oder so, daß nur soviele gleiche Theile gemacht werden, als die succedirenden Personen unter sich Stämme ausmachen, so daß auf jeden Hauptstamm Eine Portion fällt, die sich alsdann unter den dazu gehörigen Personen wieder nach Köpfen oder nach Stämmen vertheilt (successio in stirpes).

c) Oder endlich so, daß die Erbschaft zuförderst in zwei Hälften zerfällt, von denen die eine den väterlichen, die andere den mütterlichen Ascendenten des Erblassers zugetheilt wird, und wovon alsdann eine jede auf ihrer Seite sich wieder nach Köpfen vertheilt (successio in lineas. — Nov. 118 cap. 2.)

Bei den beiden letzten Theilungsarten wird nicht auf die Anzahl der Personen gesehen, welche einen Stamm oder eine Linie bilden, daher bekommen z. B. drei Enkel, welche mit einem Kinde concurriren, nur einen Theil, nämlich denjenigen, welchen ihr verstorbener Vater erhalten haben würde, und das Kind den andern. Ebenso wenn in einer Linie der Ascendenten nur eine, und in der anderen mehrere Personen sind, so erhalten diese Mehreren soviel, als der Einzige in der anderen Linie.

Diese allgemeinen Sätze über die Intestaterbfolge hat das M. L. R. allerdings nicht besonders dargestellt, allein es bedient sich in seiner Lehre der gemeinschaftlichen technischen Ausdrücke, „Stämme, Grade, Häupter, Zwerch=Linie 2c., und man muß daher, abgesehen von seinem correctorischen Charakter, annehmen, daß es an den allgemeinen Regeln des gemeinen Rechtes über die Intestaterbfolge keine Aenderungen vornehmen wollte. (A. G. E. vom 3. März 1853, Nr. 424. — Erk. des Rev.=G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

Die mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser gibt oft ein Recht zu einer größeren Erbportion, und zwar allenthalben da, wo nach Stämmen oder Linien, niemals aber da, wo von Anfang nach Köpfen getheilt wird. Um jedoch mehrfache Erbportionen erhalten zu können, muß die Verwandtschaft des Erben nach ihren verschiedenen Richtungen gleich nahe sein, oder es darf der Doppelterbe nicht in der einen Richtung von einem näheren Verwandten, welcher er dann selbst sein kann, ausgeschlossen werden. Ist der mehrfach Verwandte unter dieser Voraussetzung Mitglied oder Repräsentant mehrerer Stämme oder Linien, so erhält er ebendeßhalb mehrere Stammtheile entweder allein, oder zusammen mit Anderen.

§ 280.

II. Verschiedene Klassen der Erbfolge.

I. Klasse.

Nach Tit. XIV. § 1. 2 des M. L. R. erben in erster Klasse die successionsfähigen Abkömmlinge des Erblassers, Kinder, Enkel oder Urenkel 2c. 2c. [1]).

Stammen diese Abkömmlinge aus mehreren Ehen, so erbt jeder nur das, was von seinem rechten Vater und Mutter, sei es an zugebrachtem oder errungenschaftlichem Vermögen, herkommt. Sie succediren zu gleichen Theilen und nach Anzahl der Köpfe, wenn sie sich alle im ersten Grade der Abstammung befinden, und also kraft ihres eigenen Rechtes zur Erbfolge berufen sind; dagegen succediren sie nach Stämmen, wenn sie entweder alle, oder zum Theil in einem entfernteren Grade der Verwandtschaft stehen, wenn also Kinder mit Enkeln, oder Enkel mit Enkeln concurriren.

Die von verschiedenen Kindern abstammenden Enkel succediren also immer in die Stämme.

Der Grund dieser Erbfolge beruht auf der rechtmäßigen Geburt, welche nicht erst zu beweisen ist, sondern vermuthet wird, wofern nur die Eltern die Rechtmäßigkeit anerkannt haben.

Zwischen dem Erben und Erblasser darf in dieser Klasse kein dem Grade nach näherer Erbe stehen, d. h. der nähere schließt den entfernteren desselben Stammes aus; wenn also der Vater oder die Mutter noch leben, und erben, so bekommen ihre Kinder vom Großvater nichts.

Ein zur Zeit des Todes des Vaters noch ungebornes Kind wird in Beziehung auf das Erbrecht als schon geboren angesehen (vergl. M. L. R. Tit. XIII. § 9), und erhält, wenn es lebend zur Welt

---

[1]) Ueber die Frage, ob das Erbrecht der Kinder beim Tode der Eltern oder erst bei der Abtheilung zur Wirkung kommt, vergl. § 175.

kommt, jenen Theil, welchen es bekommen haben würde, wenn es zur Zeit des Todes des Vaters oder der Mutter schon gelebt hätte.

Obgleich die Kinder an die Stelle des Vaters, die Enkel an die Stelle der Großeltern, bei der Erbfolge in Stämme, hier eintreten, und jenen Theil der Erbschaft erhalten, welchen der verstorbene oder hinweggefallene Ascendent erhalten haben würde, so erben sie doch nicht vermittelst Repräsentations-Rechtes [1]), sondern vermittelst ihres eigenen Rechtes. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

Es ergibt sich dieses daraus, daß die Kinder nach l. 3 C. (6. 14) auf die Erbschaft ihres Vaters verzichten, und dennoch ihres Großvaters Erben werden können, wenn auch gleich der Vater nach dem Großvater gestorben wäre, sobald nicht der Vater die großväterliche Erbschaft bereits angetreten hat, weil sie dann mit dem väterlichen Vermögen vermischt wurde, und also nicht mehr daraus abgesondert werden kann. (l. 10 § 2 D. [28. 6].)

Dieses Verhältniß ist von großer Wichtigkeit, weil daraus folgt, daß ein Enkel nicht nur in die Stelle des verstorbenen, sondern auch desjenigen noch lebenden Vaters tritt, welcher sich seiner eigenen elterlichen Verlassenschaft entschlagen hat, und daß die Enkel aus ihres Großvaters Verlassenschaft die elterlichen Schulden nicht zu zahlen schuldig sind, wenn sie sich der elterlichen Verlassenschaft entschlagen.

Bei der großelterlichen Verlassenschaft aber bekommen die Enkel nicht mehr, als was ihre Eltern geerbt haben würden, sie müssen daher auch dasjenige, was ihr Vater vom Großvater bereits empfangen, wieder in die Erbschaft einwerfen.

Diese Collation findet nun nach M. L. R. Tit XVII. § 2 rücksichtlich der Enkel allerdings statt, aber nur in Bezug auf die Miterben, nicht Fremden gegenüber, die Wirkungen des Repräsentationsrechtes treten daher auch nur in Ansehung der Miterben hervor.

Die Frage, ob Eltern die Erbrechte ihrer Kinder an den großelterlichen Nachlaß durch einen Vertrag aufheben können, ist analog der Frage zu entscheiden, ob dieses rücksichtlich des Pflichttheiles geschehen kann. (Vergl. § 236.)

Da die Enkel aus eigenem Rechte erben, so ist anzunehmen, daß sie die Großeltern dennoch beerben, wenn auch die Eltern für sich und ihre Kinder auf diese Erbschaft verzichtet hätten; es wird jedoch gewöhnlich der Fall ausgenommen, wenn die Kinder resp. Enkel die verzichtenden Eltern beerbt haben, und daher deren Handlungen anerkennen müssen. Jedenfalls ist aber selbst in diesem Falle erforderlich, daß die Großeltern in einem Testamente die Kinder, und nach deren Tod die Enkel einsetzen und ihnen den Pflichttheil anweisen, resp. nachweisen müssen, wie dieselben den Pflichttheil erhalten haben, weil dieser nach M. L. R. Tit. IX. § 4 u. 9 — Nov. 115 cap. 3 auch den Enkeln wie den Kindern gebührt, wenn keine rechtmäßige Enterbungs-Ursache angegeben wurde.

Demnach gelangen Enkel und weitere Abkömmlinge nicht nur

1) dann zur Erbfolge, wenn ihre Eltern vor ihnen verstorben, und sie deren Erben nicht geworden sind, sondern auch

---

[1]) Vergleiche § 300 von der Collationspflicht der Enkel.

2) dann, wenn ihre Eltern noch leben, aber entweder enterbt sind, oder sich der Erbschaft entschlagen haben. In letzterem Falle ist jedoch zu unterscheiden, ob a) die Entsagung nach dem Tode des Erblassers geschehen ist, weil dann die großelterliche Erbschaft für die Enkel vacant wird, und die Abkömmlinge des Entsagenden immer an dessen Stelle treten, oder b) ob die Entsagung vor dem Tode des Erblassers etwa durch einen Erbvertrag geschah, in welchem Falle die Kinder des Entsagenden, sofern dieser selbst den Anfall der Erbschaft erlebt hat, den Vertrag nicht anfechten, und daher auf den Nachlaß keinen Anspruch machen können, wogegen dann, wenn der Entsagende den Erbfall nicht erlebt hat, dessen Kinder an die Entsagung nur soweit gebunden sind, als sie den Entsagenden beerbt haben, weil sie als dessen Erben auch dessen Handlungen anerkennen müssen, während anderseits der Vater seinem Kinde das Recht auf den großelterlichen, ihm selbst noch nicht angefallenen Nachlaß nicht entziehen kann.

Hat ein Kind den elterlichen Nachlaß nur unter der Rechtswohlthat des Inventares angetreten, so hat es die Handlungen des Vaters nicht weiter zu verantworten, als die Activa dieses elterlichen Nachlasses reichen, es kann daher aus der großelterlichen Nachlaßmasse immer noch das erheben, was davon nach Abzug des elterlichen Nachlasses übrig ist. Sind die Eltern auf den Pflichttheil gesetzt, ohne daß den Enkeln besondere Zuwendungen gemacht wurden, so haben die letzteren auch keine weiteren Ansprüche an den großelterlichen Nachlaß.

Was die legitimirten Kinder betrifft, so sind die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder ohne Zweifel den ehlich erzeugten Kindern auch rücksichtlich ihrer Erbrechte gleich zu achten. (§ 13. J. [1. 10] — cap. 6 X. qui filii sint legitim.) Durch landesherrliches Rescript konnten aber nach gemeinem Rechte (Nov. 74 cap. 1 — Nov. 89 cap. 9) nur dann Kinder legitimirt werden, wenn keine ehlichen Kinder vorhanden waren. Allein nach deutschen Rechtsprincipien ist diese Legitimation auch auf den letzteren Fall ausgedehnt, und die Frankf. Reform. erklärt es sogar in Thl. V. Tit. I. § 4 als ein Verdienst der außerehlich erzeugten Kinder, daß nachher ehliche Kinder geboren wurden, weil sich die Eltern der ersteren zu Lieb geheirathet haben. Immer aber haben Legitimirte nur ein Erbrecht an ihren leiblichen Parens (vergl. § 209 nr. 5), weil sie rücksichtlich des nicht leiblichen Ehetheiles S t i e f k i n d e r, und rücksichtlich der Kinder aus der von ihrem leiblichen Parens eingegangenen Ehe h a l b b ü r t i g e G e s c h w i s t e r bleiben, welche von den Stiefeltern nichts erben. (M. L. R. XIV. § 2.)

Die adoptirten Kinder erben nach Nov. 118 den Adoptivvater, aber auch ihre leiblichen Eltern, weil sie deren Cognaten bleiben, und nach Nov. 118 gleiche Erbrechte wie die Agnaten genießen. (Vergl. § 275. 231 not.*. — Frankf. Reform. Thl. V. Tit. I. § 5.)

Stirbt von zwei Ehegatten der eine mit Hinterlassung des andern und von Kindern aus dieser Ehe, so erben die Kinder das Eheeinbringen und den Errungenschaftsantheil des Erstverstorbenen s o g l e i c h m i t d e m T o d e s t a g e. Dem überlebenden Gatten verbleibt der ehliche Nutzgenuß auf Lebensdauer an diesem Vermögen der Kinder, oder solange, bis er sich weiter verheirathet. Auf das Vermögen des überlebenden Gatten erhalten die Kinder erst bei dessen Tod ein Erbrecht. (Vergl. § 164. 166. 172.)

Begibt sich der Wittwer oder die Wittwe in eine andere Ehe, aus welcher ebenfalls Kinder erzeugt werden, so haben diese an dem Vermögen der Vorkinder keinen Antheil, dagegen erben die Vorkinder mit den Kindern der zweiten Ehe das Zubringen und den Errungenschaftsantheil aus dieser Ehe ihres gemeinschaftlichen leiblichen Elterntheiles, und an diesem Vermögen verbleibt dem überlebenden Gatten der Beisitz, soweit er das Vermögen seiner leiblichen Kinder betrifft [1]). Die vorehlichen Kinder sind beim Tode des gemeinschaftlichen Parens beider Ehen sogleich auszuliefern. (Vergl. § 169. 172.)

An dem Vermögen des Stiefelterntheiles haben dagegen die Stiefkinder so wenig ein Erbrecht, als die Stiefeltern am Vermögen der Stiefkinder einen Nutzgenuß. Was von der zweiten Ehe gilt, muß auch von der dritten und allen folgenden Ehen gelten, welche ein und derselbe Gatte nach einander eingeht. Stirbt derselbe aber in der zweiten oder weiteren Ehe, so sind die Rechtsverhältnisse, welche aus der weiteren Ehe des hinterlassenen Gatten entstehen, für die Vorkinder ohne alle Bedeutung, weil diese jedenfalls seine Stiefkinder sind, denen kein Erbrecht an ihn gebührt.

Um diese Erbportionen zu ermitteln, sind die Vermögensmassen der verschiedenen Ehen auszuscheiden, was geschieht, indem man jeder Ehe zu gut rechnet, was von beiden Gatten als eigenes Vermögen hinzugebracht, und was darin errungen wurde. (Vergl. § 153 ff.)

Ueber das Intestaterbrecht der eingekindschafteten Kinder (vergl. § 60).

§ 281.

II. Klasse.

a) Erbrecht.

Sind keine Descendenten des Erblassers vorhanden, so erben in zweiter Klasse a) dessen Ascendenten, Eltern, Großeltern, Urgroßeltern 2c., b) dessen vollbürtige Geschwister, und c) der vollbürtigen Geschwister Kinder. (M. L. R. Tit. XIV. § 3—6.)

Solange eine dieser Personen am Leben ist, werden alle übrigen, selbst gleich nahe Verwandte des Erblassers, z. B. des Verstorbenen Oheim, von der Erbfolge ausgeschlossen, gleichwie diese Personen ausgeschlossen bleiben, solange noch Erben der ersten Klasse am Leben sind, und zwar in der Weise, daß, wenn lebende Kinder selbst enterbt sind, der Vater seinen Eltern keinen Pflichttheil schuldig ist, da, solange ein näherer Erbberechtigter noch am Leben ist, von einem Intestaterbrecht des entfernteren, also auch von dessen Pflichttheilsrecht, nicht die Rede sein kann. Es geht dieses daraus hervor, daß das M. L. R. nach Tit. IX. § 7 die Enterbten bei Berechnung des Pflichttheiles mitgezählt wissen will, und der Vater daher über den dem rechtmäßig enterbten Kinde zukommenden Intestaterbtheil völlig freie Verfügung behält. Die Kinder der vollbürtigen Geschwister erben jure repraesentationis in die Stämme, es

---

[1]) Frankf. Reform. Thl. V. Tit. I. § 11. — „Sodann das letztlebend Ehegemächt so in die zweite oder dritte Ehe sich begeben hat, mit Tod verfällt: So soll der Stiefvater oder die Stiefmutter, inwendig 14 Tagen mit den Kindern erster und voriger Ehe gründlich abtheilen, und denselben, was ihnen aus ihrer väterlichen oder mütterlichen Erbschaft gebührt, unverzüglich folgen zu lassen, schuldig sein."

erstreckt sich jedoch dieses Recht keineswegs auf die Enkel der vollbürtigen Geschwister.

Das Erbrecht der Ascendenten und Descendenten ist ein wechselseitiges, d. h. es sind nur jene Ascendenten erbfähig, welche auch von den Descendenten beerbt worden sein würden, wenn sie vor den letzteren gestorben wären. Diese Regel entscheidet auch über die Bedingung des Erbrechtes der Ascendenten, und über die Größe ihrer Erbportion.

Daher wird ein ehliches und durch nachfolgende Ehe legitimirtes Kind von beiden Eltern und den weiteren Ascendenten, ein durch Rescript legitimirtes nur von dem Vater, ein natürliches nur von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten beerbt. — Eine Frau und ein Fremder beerben das Adoptivkind nicht, dieses wird nur von den leiblichen Eltern beerbt. Im Falle einer vollen Adoption oder Arrogation erben die leiblichen Eltern und der Adoptiv-Vater das Adoptivkind in gleiche Theile.

Von den Ascendenten schließt der nähere den entfernteren auch in einer anderen Linie aus. Wenn daher auch nur eines der Eltern noch am Leben ist, können die Großeltern, auch die Eltern des verstorbenen Elterntheiles nicht zur Erbschaft gelangen.

§ 282.

b) Vertheilungsart in II. Klasse.

1) Wenn nur Ascendenten vorhanden sind, so erben die von gleichem Grade immer zu gleichen Theilen. (M. L. R. XIV. § 5.) Wenn daher nur eines der Eltern noch am Leben ist, erbt dieses den ganzen Nachlaß des Kindes. Sind von väterlicher Seite noch beide Großeltern vorhanden, von mütterlicher Seite z. B. noch die Großmutter, so wird die Erbschaft unter diese nach Köpfen, d. h. nach drei gleichen Theilen vertheilt.

Es ist dieses eine Abweichung vom gemeinen Rechte Nov. 118 cap. 2, wornach die Erbschaft unter die Großeltern nach Linien vertheilt wird, welchem sich auch die Frankf. Reform. Thl. V. Tit. 2 § 3, Solmser L. R. Tit. 26 § 4 und 5, das Würtemberger L. R. rc. anschließen [1]).

---

[1]) Die Nov. 118 cap. 2 verordnet zwar: Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et foeminas, sive paterni, sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos haereditas dividatur, ut medietatem (die Hälfte) quidem accipiant omnes a patre ascendentes . . . . medietatem vero reliquam a patre ascendentes." Unter die von gleichem Grade soll also die Erbschaft gleichmäßig, jedoch so vertheilt werden, daß die eine Hälfte auf die väterliche, die andere Hälfte auf die mütterliche Linie der Ascendenten fällt. Das M. L. R. gebraucht im Context Tit. XIV. § 5 auch dieselben Worte „die Groß- oder Urgroß-Eltern von beiden Seiten, wenn sie im gleichen Grad seind, erben ihre Enkel in gleiche Theile", und es könnte daraus gefolgert werden, daß es darunter auch wie das gemeine Recht eine Erbfolge in Linien verstanden wissen wolle, allein die Worte „obschon sie nicht der Zahl einander gleich seind" und das Marginale zu § 5 erklären, daß die Groß- oder Urgroß-Eltern gleichen Grades stets nur nach Köpfen erben. Das M. L. R. hat daher den Erbfall, in welchem blos Ascendenten concurriren, jenem gleichgestellt, in welchem Ascendenten mit Seitenverwandten zusammentreffen, und wo sie dann alle nach Köpfen erben. (Nov. 118 cap. 2.)

Conform mit dem gemeinen Rechte schließen aber die näheren Ascendenten die entfernteren aus, d. h. so lange z. B. eines der Eltern vorhanden ist, kommen die Großeltern nicht zur Erbschaft u. s. w.

Auf den Ursprung des Vermögens wird nicht gesehen, und auch kein Unterschied gemacht, ob es von väterlicher oder mütterlicher Seite herrührt, oder von Kindern selbst erworben wurde. (M. L. R. Tit. XIV. § 4 [1]).

2) Wenn Ascendenten und Seitenverwandte zusammentreffen; a) wenn Ascendenten vom ersten oder entfernteren, aber von gleichem Grad mit vollbürtigen Geschwistern concurriren, so erben alle nach Köpfen, ohne Unterschied, ob von der väterlichen Linie mehr Ascendenten vorhanden sind, als von der mütterlichen, und ob die Zahl der Geschwister gleich ist mit der Zahl der Ascendenten, oder nicht. Der nähere Ascendent schließt auch hier den entfernteren aus; b) wenn mit den Ascendenten und vollbürtigen Geschwistern zufolge des Repräsentationsrechtes verstorbener Geschwister Kinder concurriren, so erben die letzteren nach Stämmen, die beiden ersteren nach Köpfen [2]); c) wenn Ascendenten mit Geschwisterkindern concurriren, so erben jene ebenfalls nach Köpfen, diese nach Stämmen. (M. L. R. Tit. XIV. § 6.) [3])

3) Wenn keine Ascendenten, sondern blos Seitenverwandte vorhanden sind; a) wenn blos vollbürtige Geschwister vorhanden sind, so succediren diese nach Köpfen, b) wenn Geschwisterkinder mit Geschwistern concurriren, so erben jene nach Stämmen, diese nach Köpfen, c) wenn allein vollbürtiger Geschwister Kinder vorhanden sind, so wird die Erbschaft unter diese nach Köpfen vertheilt, ohne Rücksicht, ob von einem Bruder oder von einer Schwester mehr Kinder vorhanden sind, als von der anderen. Die Halbgeschwister bleiben ausgeschlossen. (M. L. R. Tit. XIV. § 7. Abs. 1 und 2.)

Was das Repräsentationsrecht betrifft, so kann dieses bei der Erbfolge der Ascendenten um deßwillen nicht stattfinden, weil der dem Grad nächste Ascendent alle entfernteren ausschließt, und weil der, welcher an die Stelle eines Andern jure repraesentationis tritt, von

---

[1]) Der Grund, warum bei der Erbschaft hier kein Unterschied zwischen Vermögenstheilen rücksichtlich ihrer Abstammung gemacht werden kann, liegt darin, daß der Erblasser das Vermögen, um welches es sich handelt, bereits in seiner Person, sei es durch Erbschaft oder eigenen sonstigen Erwerb, zu einer einzigen Masse vereinigt hat.

[2]) Die Ascendenten aller Grade erben mit den vollbürtigen Geschwistern und deren hinterlassenen Kindern, obgleich nur die Kinder der Geschwister, nicht aber deren Enkel, Großenkel &c. mit den Ascendenten concurriren können (Nov. 118 cap. 8), wenn sie auch in näherem Grade als jene Ascendenten mit dem Erblasser verwandt wären.

[3]) Die Frage, wie es zu halten sei, wenn Brüder- oder Schwesterkinder allein mit Ascendenten zusammentreffen, weil ihre Eltern nicht mehr am Leben sind, ist in den Gesetzen, namentlich in Nov. 127 nicht entschieden, weßhalb einige Rechtslehrer annehmen, den Kindern der Geschwister gebühre dann kein Erbrecht, weil überhaupt die Seitenverwandten von den Ascendenten ausgeschlossen würden, wenn keine vollbürtigen Geschwister vorhanden sind (M. L. R. Tit. XIV. § 6 und 7). Allein offenbar legen die Gesetze den Grund des Erbrechtes der Geschwisterkinder nicht in ihr Zusammentreffen mit Geschwistern des Erblassers, sondern vielmehr in ihre Repräsentation der verstorbenen Eltern resp. der verstorbenen Geschwister, und es ist dann kein genügender Grund, sie im gegebenen Falle von der Erbschaft auszuschließen. Sie erben dann ebenfalls in Stämme, wie im Falle lit. b.

diesem erzeugt sein muß, sohin der Vater an der Stelle des Kindes durch dessen künftigen Todesfall nicht erben kann. (Vergl. § 278.)

Ueber die Rechte der zur weiteren Ehe schreitenden Eltern an den Erbschaften von ihren Kindern vergl. § 208. 209.

§ 283.

III. Klasse.

a) Erbrecht.

In Ermangelung von Ascendenten, vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern gelangen in der III. Klasse die halbbürtigen Geschwister zur Erbfolge, d. h. jene Geschwister, welche nur einen gemeinschaftlichen Ascendenten — entweder denselben Vater, oder dieselbe Mutter — haben. An deren Stelle treten der verstorbenen Halbgeschwister Kinder. (M. L. R. Tit. XIV. § 7 nr. 3.)

Es verhält sich mit dem Erbrecht dieser Personen gerade so, wie mit dem Erbrecht in II. Klasse, sie schließen daher die Enkel der verstorbenen rechten Geschwister aus, ebenso des verstorbenen Vaters Bruder Nov. 118 cap. 3, weil nach den Geschwistern und deren Kindern das doppelte Band der Abstammung nicht mehr beachtet wird [1]).

Der Ursprung des Vermögens wird hier, abweichend vom gemeinen Rechte [2]) in der Weise beachtet, daß die Halbgeschwister vom Vater her dasjenige erben, was der Verstorbene von seinem Vater oder von väterlicher Linie geerbt hat, die Halbgeschwister von der Mutter her dasjenige, was der Verstorbene von seiner Mutter oder von mütterlicher Linie erhalten hatte. Der übrige aus einer Seitenlinie ererbte oder sonst wie erworbene Nachlaß wird ohne Ausscheidung vertheilt.

Das M. L. R. stützt sich hierin, obwohl es in der II. Klasse (Tit. XIV. § 4) diese Ausscheidung verboten hat, wahrscheinlich auf l. 13 § 2 C. (6. 58) und Nov. 84. cap. 2, wie denn auch das Solmser L. R. Thl. II. Tit. 27 § 5 diesen Unterschied angenommen hat. Gewiß ist es, daß durch eine solche Ausscheidung der bereits in der Hand des Erblassers verschmolzenen Güter bedeutende Schwierigkeiten entstehen können, und daß damit gegen die Rechtsregel verstoßen wird, daß zwei auf eine Person verfallene Erbschaften nicht mehr getrennt werden sollen.

§ 284.

b) Vertheilung.

Nach Tit. XIV. § 8 des M. L. R. ist blos verordnet, daß nach dem Tode eines oder mehrerer der Halbgeschwister deren hinterlassene Kinder in die Stämme erben. Daraus folgt aber, daß wenn

1) Halbgeschwister allein vorhanden sind, diese nach Köpfen erben, daß wenn also nur ein Halbbruder oder eine Halbschwester vorhanden sind, diese die Erbschaft allein erhalten.

---

[1]) Vergl. Solmser L. R. Thl. II. lit. 27 § 4, Frankf. Reform. Thl. V. Tit. III. § 5. Das Würtemb. L. R. rechnet hierher vermöge einer eigenthümlichen Verordnung die Enkel der vollbürtigen Geschwister. (Thl. IV. Tit. 21.)

[2]) Seufferts Pand. § 559. — Glück, Intestat-Erbfolge § 189. — Vangerow, Lehrb. Bd. II. § 417.

2) Wenn Halbgeschwister mit den Kindern verstorbener Halbgeschwister zusammentreffen, so erben jene nach Köpfen, diese vermöge ihres Repräsentationsrechtes nach Stämmen, d. h. so viel, als ihr verstorbener Vater oder Mutter erhalten haben würden.

3) Der Fall, wenn blos Kinder der Halbgeschwister vorhanden sind, muß analog nach § 7 nr. 2 dahin entschieden werden, daß diese nach Köpfen erben, da dieses mit dem gemeinen Rechte übereinstimmt, und das M. L. R. keine specielle Entscheidung darüber enthält.

§ 285.

IV. Klasse.

In der vierten Klasse kommen alle übrigen Verwandte der Seitenlinie bis zum zehnten Grade einschlüssig [1]) zur Erbfolge, weil nach diesem Grad der hinterlassene Ehegatte zum Zug kommt, und in dessen Ermangelung die Staatskasse die Erbschaft als vacant in Besitz nimmt. (M. L. R. Tit. XIV. § 9 u. 10.)

Hier schließen die im Grade nächsten alle anderen Anverwandten ohne Unterschied aus, es wird weder auf den Unterschied der Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit gesehen, noch findet ein Repräsentationsrecht statt. Alle unter den früheren Klassen nicht begriffenen Verwandten, z. B. auch die Enkel vollbürtiger Geschwister kommen hier nach der Nähe des Verwandtschaftsgrades zum Zuge, gleichgültig ob Ascendent oder Descendent, und gleich nahe Verwandte erben nach Kopftheilen. (Nov. 118. cap. 3.) Es schließt also des verstorbenen Vaters Bruder dessen Bruders Enkel aus, welcher erst mit des Vaters Bruders-Sohn zugleich erbt, also auch des Erblassers Mutter Halbschwester dessen Vaters Bruders Sohn, ob er gleich vollbürtig ist. Der rechten Geschwister Enkel Erben zugleich mit den Enkeln der Halbgeschwister ꝛc.

Jedoch ist zu bemerken, daß bei solchen Erbfolgen die mit dem Verstorbenen doppelt Verwandten, z. B. vollbürtiger Geschwister Kinder, wenn sie mit halbbürtigen Verwandten concurriren, doppelte Erbtheile bekommen, da eine Ausscheidung des mütterlichen und väterlichen Vermögens hier nicht stattfindet, also die doppelte Verwandtschaft der Vollbürtigen den Halbbürtigen gegenüber in Betracht kommen muß.

§ 286.

Von dem Erbrechte am Vermögen eines Abwesenden.

Die Grundlage jedes Erbfalles ist die Gewißheit, daß derjenige, um dessen Vermögen es sich handelt, wirklich gestorben sei, »viventis non datur hereditas.« Ist der Eigenthümer eines Vermögens abwesend, so soll daher nach M. L. R. Tit. V. § 6 dieses bis zu seiner Rückkehr vormundschaftlich verwaltet, und den Erben erst dann hinausgegeben werden, wenn genugsam dargethan ist, daß er in der Fremde gestorben sei. (§ 136.)

---

[1]) Gemeinrechtlich hört das Erbrecht der Seitenverwandten nach neuerer Ansicht bei keinem Grade auf.
Ueber das Erbrecht der Wittwe vergl. § 233.

Mit dieser Verfügung hängt die Bestimmung in Tit. XIV. § 11 „über die Behandlung der Verlassenschaft eines 25 Jahre Abwesenden" aufs Innigste zusammen, beide Gesetzesstellen scheinen sich aber zu widersprechen, wenn man annimmt, daß eine 25jährige nachrichtslose Abwesenheit den in Tit. V. § 6 geforderten Nachweis des Todes nicht ersetzen könne, oder daß wenigstens das M. L. R. von der gemeinrechtlichen Anschauung, nach welcher der Tod des Abwesenden erst nach seinem zurückgelegten 70. Lebensjahre präsumirt wird, unter Umständen (namentlich wenn sich der Abwesende in sehr jugendlichem Alter entfernt hat) sehr bedeutend abweiche. Der Streit in der Praxis liegt in der Frage, ob schon nach 25jähriger oder erst nach 50jähriger Abwesenheit der Erbfall als eingetreten zu erachten ist.

I. Für die Ansicht, daß das Vermögen des Abwesenden gemäß Tit. XIV. § 11 schon nach 25jähriger Abwesenheit in das Eigenthum seiner damals nächsten Verwandten erbrechtlich übergehe, stellt ein interessantes Erkenntniß des k. yr. O. A. G. vom 22. Februar 1864 Nr. 286⁶³/₆₄ die hier nachfolgenden Gründe auf:

1) Diese Gesetzesstelle spricht, wie schon das Marginale ausdrückt, und auch in dem Text selbst vorkommt, von der Verlassenschaft eines 25 Jahre Abwesenden. Das Wort „Verlassenschaft" gibt schon zu erkennen, daß es sich hier von der Erbfolge in das Vermögen eines für todt Erachteten handle — viventis non est hereditas — und noch deutlicher ist dieses dadurch ausgesprochen, daß das Gesetz selbst den nach 25jähriger Abwesenheit Verschollenen als einen „vor todt Geachteten" bezeichnet.

2) Wenn das Gesetz den Abwesenden, welcher 25 Jahre lang nichts von sich vernehmen läßt, für todt betrachtet, so muß sein Vermögen nothwendig an jene Personen fallen, welche zur Zeit des präsumtiven Todes, nämlich nach Ablauf jener 25 Jahre, den nächsten Anspruch haben, dieselben erhalten auch dieses Vermögen aus dem Titel des Erbrechtes, weil sein Tod auf den Grund einer gesetzlichen Vermuthung angenommen wird.

3) Da aber diese gesetzliche Vermuthung auf einem Irrthume beruhen kann, der Abwesende vielleicht noch am Leben ist, und nach seiner Rückkehr nach dem Rechtsaxiom »praesumtio cedit veritati« das Vermögen reclamiren darf, so hat das Gesetz für diesen möglichen Fall angeordnet, daß das Vermögen des 25 Jahre lang Abwesenden von seinen Erben blos unter einer Resolutivbedingung erworben, und für deren Realisirung Caution geleistet werden solle.

Alle die für diese Sicherheitsleistung in § 11 gegebenen Vorschriften stehen mit dem Eigenthume selbst nicht in Widerspruch, sondern enthalten blos eine Beschränkung desselben.

Die nächsten Verwandten erhalten nämlich blos ein widerrufliches Eigenthum, denn die ganze Verlassenschaft, welche das Gesetz selbst eine zeitliche nennt, muß ihnen gegen Sicherheitsleistung ausgeliefert werden, und sie verbleiben in dem Genuß bis nach vollendetem 50. Jahre, wo das dem Abwesenden oder seinen Erben vorbehaltene Vindicationsrecht erlischt, und das Gesetz ihnen und ihren Erben die Erbschaft pleno jure, nämlich ohne einige Ansprache von Seite des Abwesenden oder dessen Erben zuspricht. Daß da, wo das Gesetz selbst über den Zeitpunkt, von wann an die Erbschaft eines Verschollenen angefallen sein soll, nämlich von der Zeit des nach 25jähriger Abwesenheit präsumirten Todes spricht, es nicht erst einer richterlich ausgesprochenen

Todeserklärung bedürfe, versteht sich von selbst, da die nächsten Anverwandten eines solchen Verschollenen Erben sind ex lege. Die Zeit des Anfalles einer solchen Erbschaft gibt daher auch den Ausschlag für das Successionsrecht und für das Recht der weiteren Veräußerung resp. Vererbung. Als Nutznießung bis nach 50 Jahren kann dieser Erbfall nicht betrachtet werden, denn dann wäre die dem Abwesenden im Gesetze gewährte Vindicationsklage nicht nothwendig.

4) Um den Besitz des Erbschaftsvermögens nach 25jähriger Abwesenheit zu erlangen, ist vorgeschrieben a) daß diejenigen, welche das Vermögen des Verschollenen erbschaftlich in Anspruch nehmen, vor Gericht erklären, daß die betreffende Person bereits 25 Jahre abwesend sei, daß man in dieser Zeit nicht das Geringste von ihr vernommen, und daß sie deßwegen dieselbe für todt achten, solches auch mit Beweis oder einem Eid darthun sollen; b) dieselben sollen nachweisen, daß sie die nächsten Erben zu des Abwesenden Vermögen seien; c) es soll, wenn diese Nachweise geliefert sind, der Abwesende für todt gehalten, und dessen ganze Verlassenschaft den Erben, welche sich legitimirt haben, verabfolgt werden, nachdem zuvor das Vermögen genau inventirt und taxirt worden, damit man bei etwaiger Rückkehr des Abwesenden dasselbe genau wissen könne ꝛc. Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß der Legitimirte und in den Besitz der Erbschaft Gesetzte in der Eigenschaft eines präsumtiven Erben in Besitz und Eigenthum des Vermögens verbleibt, bis der gesetzlich vorgesehene Fall der Vindication des Vermögens eintritt. Das Gesetz hat nämlich für den Fall Vorsehung getroffen, daß die Präsumtion: es sei der Verschollene ohne Leibes- und Testamentserben verstorben, sich in der Folge nicht bewahrheiten, und daß entweder der für todt Geachtete sich selbst wieder einfinden, oder daß ein rechter Leibes- oder Testaments-Erbe sich zur Empfangnahme des Vermögens melden sollte. Wenn innerhalb eines Zeitraumes von 50 Jahren einer der erwähnten Fälle sich ereignet, so steht dem Abwesenden oder dessen Erben das Vindicationsrecht zu, es kann die Substanz des Vermögens zurückgefordert werden. Ein Anspruch auf Rückersatz der Früchte, welche der in Besitz gesetzte präsumtive Erbe bis dahin bona fide bezogen hat, findet nicht statt. Der immittirte Erbe erlangt daher bis zum Eintritt eines solchen Vindicationsfalles am Vermögen des für todt Erachteten ein widerrufliches Recht.

5) Das im Gesetz vorbehaltene, auf den Zeitraum von 50 Jahren eingeschränkte Revocationsrecht kann also eine andere Auslegung nicht begründen, namentlich nicht darthun, daß nach 25jähriger Abwesenheit den nächsten Verwandten nur der Nutzgenuß von dem Vermögen, und erst nach 50jähriger Dauer der Abwesenheit die Erbschaft und das volle Eigenthum zufalle, denn a) nirgends ist verordnet, daß nach 25 Jahren das Vermögen den Erben nur zum Nutzgenuß überlassen werden soll, sondern die Worte des Gesetzes lauten: „der Abwesende soll für todt gehalten und dessen ganze Verlassenschaft den nächsten Erben verabfolgt werden. Nach 25jähriger Abwesenheit wird vom Gesetz der Tod des Verschollenen präsumirt, es tritt die Intestaterbfolge in das gesammte Vermögen mit allen rechtlichen Wirkungen ein, der Intestaterbe succedirt nicht blos in dem Nutzgenuß, sondern er erwirbt das ganze Erbschaftsvermögen in widerruflicher Weise; b) die Bestimmung, daß der Verschollene und dessen Leibes- und Testamentserben ein ausdrückliches Unterpfand auf die zur Erbschaft gehörigen Güter bis auf 50 Jahre

haben sollen, betrifft nicht das Erbrecht der nächsten Verwandten des Verschollenen, und kann insbesondere nicht dahin verstanden werden, daß dessen Vermögen erst nach Ablauf von 50 Jahren in den Erbgang kommen soll, nachdem derselbe bereits nach Umfluß von 25 Jahren für todt erklärt worden ist, sondern jene Bestimmung betrifft blos die Verbindlichkeit der Intestaterben zur Kaution für etwaige Zurückgabe des Erbschaftsvermögens in dem vorgesehenen Falle, daß ein deßfallsiger Antrag von dem Abwesenden oder seinen Erben auf Herausgabe des Vermögens gestellt werden sollte, und hat zunächst die Zeitdauer der Kaution zum Gegenstande. Besteht die Verlassenschaft nicht in liegenden Gütern, sondern in Baargeld (Kapitalvermögen), so soll der Erbe anderweit ein gerichtliches Unterpfand bestellen, und nur demjenigen Erben, welcher wegen Armuth diese Sicherheit nicht zu leisten vermag, sollen blos die Zinsen des Kapitales in Handen gegeben werden, die Kapitalien aber auf Unterpfand ausgeliehen werden. Diese Anordnung ist durch die besonderen Umstände geboten, weil sonst bei armen Erben das Kapitalvermögen gefährdet wäre. Es soll aber auch dieser Zustand nur bis zum 50. Jahre der Abwesenheit dauern, und dann jede Verbindlichkeit zur Kautionsleistung erlöschen; c) nach Ablauf dieser 50 Jahre soll den Intestaterben oder ihren Erben die Erbschaft „pleno jure ohne einige Ansprach" gehören. Hieraus folgt, daß unter diesen Intestaterben nur diejenigen Verwandten verstanden werden, welche nach Abfluß einer Abwesenheit von 25 Jahren als die nächsten zur Succession berufen waren, und welche die Verlassenschaft bereits interimistisch gegen Kaution empfangen hatten, denn wenn vom Gesetze etwas Anderes beabsichtigt worden wäre, so hätte die Bestimmung getroffen werden müssen, daß das Erbschaftsvermögen nur nach Ablauf von 50 Jahren an diejenigen Verwandten herauszugeben sei, welche zu dieser Zeit sich als die nächsten Verwandten und Intestaterben zu legitimiren vermögen.

Allein dieses bestimmt das M.-L.-R. nicht, es würde vielmehr mit den übrigen gesetzlichen Bestimmungen in Widerspruch stehen, nach welchen derjenige, welchem als präsumtiven Intestaterben die Verlassenschaft einmal übergeben worden ist, für alle Folgezeit — bis zur erwähnten Vindication — Erbe bleibt — semel heres, semper heres. — Er hat die Erbschaft nicht einem andern gleichfalls nur präsumtiven Erben, welcher nach 50 Jahren als solcher auftritt, auszuliefern, sondern er ist nur verbunden, dem Eigenthümer oder seinen rechten Leibes- oder Testaments-Erben auszuweichen, und diesen die Verlassenschaft herauszugeben.

6) Im Augenblicke des vermutheten Todes muß, sowie im Augenblicke des wirklichen Todes die Delation der Erbschaft als geschehen betrachtet werden. Wer daher bei seinem Tode im Besitze der Erbschaft eines Verschollenen bereits war, der kann diese, als zu seinem Vermögen gehörig, in dem Umfange, wie er sie erworben hat, auch auf seine Erben übertragen, sei es ab intestato oder durch Testament.

Nachdem das Gesetz selbst den Zeitpunkt, von welchem an die Erbschaft eines Verschollenen angefallen sein soll, festgesetzt hat, nämlich von der Zeit des nach 25jähriger Abwesenheit präsumirten Todes an, so bedarf es nicht erst einer richterlich ausgesprochenen Todeserklärung; durch einen solchen nachfolgenden Beschluß wird nur ausgesprochen, daß sie nach den obwaltenden Verhältnissen bereits eingetreten sei. In dem bezeichneten Augenblicke werden die Verwandten des Verschollenen, welche jetzt den

Gesetzen nach die nächsten sind, zur Erbfolge berufen. Dieselbe Rechtsanschauung ist vertreten in den folgenden Urtheilen und Werken. (A. G. E. vom 10. Juli 1853, Nr. 1441. — A. G. E. vom 22. Februar 1833, Nr. 1833. — O. A. G. E. vom 21. August 1838, Nr. 96 ³⁵/₃₆. — O. A. G. E. vom 22. Februar 1833, J. S. Busch gegen Busch. — Bl. f. R. Anw. Bd. 19 S. 52*. Urtheil vom 18. Dezember 1829, J. S. Wülfing gegen Müller in Bopp mittelrhein. Landrecht Bd. I. S. 199. — Bopp, Zeitschr. 3. Heft S. 87. — Flach, Entscheid. des Nassauischen Oberappell.-Gerichts S. 138 not. — Weber, Statut. Rechte Bd. III. S. 766.)

II. Die entgegengesetzte Auslegung des Tit. XIV. § 11 des M. L. R., wonach erst nach 50jähriger Abwesenheit des Verschollenen die Erbfolge eröffnet wird, und die bis dahin im Nutzgenuß gewesenen Intestaterben mit dem Eintritt jenes Termines den Nachlaß an die jetzt nächsten Intestaterben herauszugeben schuldig sind, wird übrigens in der Praxis ebenfalls durch nicht ungewichtige Gründe unterstützt, nämlich:

1) Alle jene Rechte, welche in § 11 nach 25jähriger Abwesenheit eingeräumt werden, haben nach dem Wortlaute des Gesetzes mit der Natur einer Eigenthumsübertragung nichts gemein, sie enthalten vielmehr Bestimmungen, welche einer solchen geradezu entgegen stehen. Denn das erste charakteristische Recht des Eigenthums ist die Befugniß, über die eigenthümliche Sache nach Willkühr verfügen zu dürfen, diese ist aber hier nicht blos beschränkt, sondern gänzlich entzogen.

2) In der Bestimmung, daß erst nach 50 Jahren auf die Verwandten die Erbschaft pleno jure übergehe, und bis dahin dem Abwesenden die Vindikationsklage (d. h. Rückforderung) zustehe, liegt der wiederholte Rückbehalt des Eigenthums.

3) Die Worte, „daß sie die nächsten Erben zu des Abwesenden Vermögen seien gewesen", lassen sich auf eine andere mit dieser Auslegung des Gesetzes übereinstimmende Weise erklären; denn das Wort Erben oder Intestaterben wird häufig nur gebraucht, um die Nähe der Verwandtschaft, oder ein muthmaßliches Erbrecht auszudrücken, ohne im Entferntesten daran zu denken, daß sie dereinst wirklich zur Erbschaft gelangen sollen oder werden. Der zweite Absatz dieses § enthält ferner Fälle, in welchen die Erbschaft bis zu Ablauf von 50 Jahren den Anverwandten des Abwesenden gar nicht ausgehändigt wird. Die Bestimmung in Abs. 3 „oder ihren Erben" kann daher sowohl auf den Fall, daß der Verwandte zwar erst nach den fraglichen 50 Jahren, aber vor wirklichem Erwerb der Erbschaft sterbe, als auch auf den Fall, daß seine Erben jure repraesentationis in jener Erbschaft miterben, bezogen, angesehen werden.

4) Für diese Auslegung sprechen auch die allgemeinen Regeln des Erbrechts, denn: a) allgemeine Bestimmung ist es, daß eine Erbschaft erst dann anfällt, wenn der Tod des zu Beerbenden gewiß ist, b) allgemeine Regel ist es, daß dieser Tod von den Erben erwiesen werden muß, und nur ausnahmsweise von dem Verschollenen vermuthet wird, wenn dieser ein sehr hohes, das gewöhnliche Menschenleben übersteigendes Alter erreicht haben würde. (Thibaut, § 714. 532.) Nach M. L. R. Tit. V. § 2 ist nun der Beweis des Todes nicht aufgehoben, und die in Tit. XIV. § 11 Abs. 1 angeordnete Darlegung einer 25jährigen nachrichtslosen Abwesenheit mag wohl in dem Prätendenten (wie das

Gesetz ausdrücklich beisetzt) die Annahme des Todes hervorrufen — „mithin selbige für todt achteten" — allein eine gesetzliche Vermuthung mit der Folge des Erbganges, d. h. der Uebertragung aller Rechte des Abwesenden auf einen beutelustigen Dritten, kann doch wohl aus einem so kurzen Zeitraum der Abwesenheit nicht entnommen werden, c) der Grundsatz, daß das Vermögen des als verschollen Erklärten an die zur Zeit des erklärten Todes[1]) lebenden nächsten Verwandten fallen solle, steht der gegentheiligen Auslegung des § 11 direkt entgegen, indem entweder Personen, welche nur 25 Jahre abwesend sind, und möglicherweise das 26ste Lebensjahr — das kräftigste Lebensalter — noch nicht erreicht haben, für todt erachtet werden müßten, oder solchen Personen ein Intestaterbrecht eingeräumt werden müßte, welche zur Zeit 50jähriger Abwesenheit gar kein Intestaterbrecht hätten.

5) Auch die wörtliche Auslegung spricht für diese Interpretation des Gesetzes, wenigstens nicht gegen dieselbe. Es steht nirgends in § 11, daß der nur 25 Jahre Abwesende für todt zu erklären sei; es heißt immer nur „der vor todt Gehaltene," oder „für todt Geachtete", und es sind dabei dieselben Worte, oder das gleichbedeutende Wort „Gehaltene" angewendet, welches bei dem Prätendenten auferlegten Glaubenseid darüber „daß sie den Abwesenden für todt achteten" gebraucht ist.

Nicht von den Gerichten soll also ein 25 Jahre Abwesender für todt erklärt werden, sondern die Prätendenten mögen ihn für todt halten, und deßhalb die Einsetzung in die usufruktuarische Curatelverwaltung nachsuchen. (Vergl. § 112.)

Das Wort „Verlassenschaft" im Marginale sowohl als im Context selbst gebraucht, ist genugsam erklärt durch den ebenfalls in gleicher Bedeutung gesetzten Ausdruck „des Abwesenden Vermögen", welches die Verlassenschaft (in strenger Bedeutung) bildet, sobald der Eigenthümer todt ist, oder für todt erklärt ist. Das Wort Erbe bedeutet auch nach dem juristischen Sprachgebrauch nicht blos diejenige Person, welche ein Erbrecht bereits erworben hat, sondern auch denjenigen nächsten Verwandten, welcher, wenn der Abwesende wirklich todt wäre, Anspruch auf dessen Hinterlassenschaft haben würde. Weil aber eben dieser Erbe nur einen entfernten Anspruch hat, dessen Verwirklichung nicht allein den Tod, oder die Todeserklärung des Abwesenden, sondern auch das Erleben dieses Ereignisses durch den präsumtiven Erben voraussetzt, soll er nur solange den Genuß des gegen Unterpfand hingeliehenen Vermögens des Abwesenden haben, bis letzterer 50 Jahre unbekannt, wo? abwesend, und eine gerichtliche Todeserklärung eingetreten ist.

Es haben daher nach Ablauf von 25 Jahren der Abwesenheit die nächsten Verwandten des Abwesenden nur das Recht der Nutznießung mit der Wirkung des eigentlichen Erwerbes der Früchte des verwalteten Vermögens; diese Nutznießung ist aber nicht ein Ausfluß des Eigenthums, sondern ein Ausfluß eines vom Gesetz eingeräumten besonderen Rechtes. Dieser landrechtlichen Bestimmung gemäß ist das Vermögen unter der Verwaltung des für den Abwesenden aufzustellenden Curators

---

[1]) Daß Ediktalien erlassen und eine gerichtliche Todeserklärung erfolgen muß, ist wohl allenthalben angenommen, und findet auch täglich in der Praxis der Gerichte des Mainzer Gebietes statt, sowie dieses auch durch die ältere Praxis nachgewiesen werden kann. (Erk. des Rev.-G. vom 17. Dezember, J. S. Adam gegen Mandel.)

zu belassen, wenn die zum Nutzgenuß berechtigten Verwandten keine hinreichende Sicherheit für die Kapitalien stellen können, und es sind dieselben vorläufig nur in den Zinsengenuß einzuweisen. Deßhalb ist auch eine Cession oder Vererbung der Substanz von den Nutznießern nicht möglich.

Die Rechtslehrer streiten zwar darüber, ob in Rücksicht der Frage, wann die Delation der Intestaterbfolge in das Vermögen des Verschollenen geschehe, auf die Zeit, da die Vermuthung seines Todes eintritt, oder auf jene Zeit zu sehen sei, wo die gerichtliche Todeserklärung erfolgt; die Vermuthung des Todes eines Abwesenden aber tritt im Augenblicke der Zurücklegung des 70sten Lebensjahres ein, und diese im gemeinen Rechte bestrittene Frage ist von dem M. L. R. dahin entschieden, daß es nicht auf das die Todesvermuthung bedingende Ereigniß, sondern auf die Zeit der richterlichen Todeserklärung, oder darauf anzukommen habe, daß der Verschollene nicht fünfundzwanzig, sondern fünfzig Jahre abwesend ist, da in Tit. XIV. § 11 nicht verordnet wird, daß mit Zurücklegung des 70sten Lebensjahres des Abwesenden dessen Tod präsumirt werden soll, sondern bestimmt ist, daß nach 50jähriger Abwesenheit der Antrag auf Todeserklärung gestellt werden kann — „und denen bei Gericht sich gemeldeten Erben ꝛc. ꝛc."

Hiezu kommt noch Folgendes zur Erwägung. Das römische Recht, von welchem das M. L. R. durch und durch namentlich in der Lehre vom Erbrecht durchdrungen ist, hat den Grundsatz des älteren deutschen Rechtes, auf welchem das fragliche Institut der Verschollenheit beruhte, und welcher dem römischen Rechte geradezu widerstreitet, dahin abgeändert, daß von einer Beerbung einer Person nicht die Rede sein kann, so lange ihr Tod noch nicht bewiesen ist. (O. A. G. E. vom 9. August 1836, Nr. 880 $^{32}/_{33}$. — O. A. G. E. vom 8. Juni 1852, Nr. 443 $^{50}/_{51}$. — O. A. G. E. vom 20. Juli 1852, Nr. 331 $^{51}/_{52}$.)

Diesen römischen Grundsatz hat auch das M. L. R. mit ausdrücklichen Worten in Tit V. § 6 aufgenommen und schon der Eingang des Tit. XIV. § 11 spricht es aus, daß sich die ganze Frage darum handelt, „ob der oder diejenige, wegen deren Erbschaft Anspruch geschieht, todt sei, oder nicht".

6) Aus Tit. XIV. § 6 des M. L. R. läßt sich überdieß nicht erkennen, daß an den Grundsätzen über Delation der Erbschaft oder über Erbfolge etwas geändert werden sollte. Demgemäß sind in Abs. 1 die Aushändigung des Vermögens an die nächsten Verwandten, und die Maßregeln ausgeführt, welche von den Vormundschaftsgerichten zur Sicherstellung der Ansprüche des Abwesenden zu treffen sind. Erst der letzte Absatz handelt vom Erbrecht, und entscheidet die gemeinrechtliche Controverse, ob der Tod des Abwesenden bei Vollendung des 70sten Lebensjahres, oder erst mit der Todeserklärung anzunehmen ist, dahin, daß bei 50jähriger Abwesenheit der Verschollene für todt erachtet, und von einer Erbschaft gesprochen werden kann. Insbesondere verordnet Abs. 3, daß der Abwesende vor Ablauf von 50 Jahren das hinterlassene Vermögen vindiciren könne; es kann sich aber nur der Eigenthümer der Vindicationsklage bedienen, das Eigenthum selbst steht also bis zu 50 Jahren nach dem Verschollenen resp. seiner Absenten Curatel zu [1]). (Erk. des Bezirks-

---

1) Vergl. über die ganze Frage die Abhandlung von Heimbach sen. in Weiskes Rechtslex. Bd. XIII. S. 511 ff. Bd. XII. S. 693. — Glück Com. Bd. 7. S. 494 ff. Bd. 33 S. 266 ff. — Kraut, Vormundschaft Bd. 2 S. 218 ff. — l. 9. § 1. 3. 4. — l. 16. 17. 18 D. (34. 5). — l. 34 D. (36. 1). — l. 32 § 14 D. (24. 1). — l. 26 D. (39.6).

gerichtes Aschaffenburg, J. S. Feller gegen Aschaffenburg vom 29. Februar 1859. — A. G. E. vom 9. März 1860, Nr. 3182. — A. G. E. vom 10. September 1852, Nr. 2902. — A. G. E. vom 11. November 1850, Nr. 6110 u. 7559.)

III. Bei der unbestimmten und wenig gesetzgeberischen Fassung des streitigen § 11 Tit. XIV. des M. L. R. ist es nach den bisherigen Ausführungen klar, daß es schwer fallen muß, aus seinen Worten selbst zu einem bestimmten Entschlusse zu kommen, ob die Ansicht unter Nr. I., für welche allerdings die überwiegende Anzahl oberrichterlicher Entscheidungen beigebracht werden konnte, oder die unter Nr. II. entwickelten Gründe einen Vorzug verdienen, und nur mit Widerstreben könnte man sich einer Theorie anschließen, welche einen nur 25 Jahre nachrichtslos Abwesenden für todt erachtet, wenn es sich um die Erlassung eines Gesetzes handeln würde; allein bei gegebenen positiven Bestimmungen ist doch, eine Entscheidung für die eine oder andere Ansicht aus dem bestehenden Recht zu suchen, um so nothwendiger, je dunkler das Gesetz selbst und je wichtiger die zu behandelnde Frage ist.

Hiezu sind nun vor Allem zwei Mittel geeignet: a) die Aufsuchung von Analogien in verwandten Statutarrechten, und b) Entscheidungen der Gerichte aus der der Entstehung des Gesetzes zunächst gelegenen Zeit.

Was nun 1) die Analogien anderer Statute betrifft, so haben die meisten rheinischen Statute, z. B. die Frankfurter Reformation, das Solmser Landrecht, die vorliegende Frage gar nicht berührt, dagegen findet sich über das Erbrecht, am Vermögen der Abwesenden in den beiden Mandaten des fränkischen Landrechts vom 29. März 1673 Tit. I. S. 292, und vom 15. September 1769 Tit. II. S. 897 die Frage fast genau nach der unter Nr. I. entwickelten Praxis entschieden.

Es soll hiernach unterschieden werden, ob die Abwesenheit weniger oder mehr als 25 Jahre gedauert hat. Im ersteren Fall soll eine gewöhnliche Curatel eintreten, welche von den nächsten Verwandten zu übernehmen ist, wenn der Abwesende keinen Bevollmächtigten zurückgelassen hat, im letzteren Falle aber, wenn über 25 Jahre keine Kunde vom Leben oder Tod des Abwesenden eingetroffen ist, sollen dessen nächste Verwandte, und zwar jene, welche am Ende des 25sten Jahres die nächsten waren, und welche den Mangel aller Nachricht über den Abwesenden zu beschwören haben, das Eigenthum des ganzen Vermögens des Abwesenden erhalten, der Abwesende selbst soll für todtgehalten, und demselben eine stillschweigende Hypothek auf das Vermögen der Erben eingeräumt bleiben. Der einzige Unterschied zwischen dieser Verordnung und dem Tit. XIV. § 11 läge gemäß der obigen Ausführung unter Nr. I. in der stillschweigenden Hypothek auf das ganze Vermögen der Erben, und in dem ausdrücklichen Unterpfand, welches die Erben für das überlassene Vermögen des Abwesenden nach Tit. XIV. § 11 des M. L. R. zu geben haben; in der Hauptsache sind die in beiden Gesetzen niedergelegten Anordnungen einig, daß nämlich nach 25jähriger nachrichtsloser Abwesenheit der Abwesende als todt angesehen, und dessen Vermögen seinen zu jener Zeit nächsten Verwandten erbrechtlich mit der Befugniß übertragen wird, dieses Vermögen weiter unter derselben Resolutivbedingung, unter welcher sie selbst das Vermögen haben, zu vererben, daß es dem zurückkehrenden Abwesenden oder dessen Leibes- oder Testamentserben restituirt werden muß. Während

das M. L. R. diese Restitutionsfrist auf Ablauf des 50sten Jahres der Abwesenheit festsetzt, unterstellt die fränkische Verordnung die gewöhnliche Zeit der Verjährung. Die letztere Verordnung entscheidet am Schlusse auch noch eine weitere Frage, daß, wenn sich der wirkliche Tod des Verschollenen inzwischen beweisen wird, sich also bezüglich des Momentes der Todeserklärung und des wirklichen Todes verschiedene Erbfolgerechte ergeben, die Erbschaft vom seitherigen Besitzer an diejenige Person herausgegeben werden muß, welche im Zeitpunkte des physischen Todes des Abwesenden dessen nächster Erbe war.

Dieselbe Anschauung liegt indeß auch dem M. L. R. nach § 11 Abs. 3 zu Grunde, weil der Abwesende oder dessen Erben vor Ablauf von 50 Jahren das Vermögen zurückfordern können, und weil hier unter Erben nur jene Personen verstanden werden können, welche es durch den wirklichen Tod des Abwesenden geworden sind, im Gegensatz zu jenen präsumtiven Erben, welche durch den nach 25jähriger Abwesenheit vermutheten Tod als Erben betrachtet werden.

Das spätere Mandat vom 15. September 1769 (Bd. II. S. 897) verordnet nur die vorgängige Ediktalcitation als Vorbedingung, um das dem Abwesenden gehörige Vermögen seinen Erben überantworten zu können. (O. A. G. E. vom 8. Juni 1852, Nr. 443 50/51.)

2) Es läßt sich nachweisen, daß der fragliche § 11 Tit. XIV. des M. L. R. aus der früheren Mainz'schen ordinatio electoralis vom 21. Juli 1655 (vergl. Einleitung § I.) herstammt, welche verfügte, „daß die Erbschaft eines Abwesenden nach Abfluß von 25 Jahren (von der Zeit seiner Abwesenheit an gerechnet) dessen annoch bei Leben alsdann seienden nächsten Verwandten anerfallen soll, da der Abwesende nach Ablauf eines so großen[1] (!) Zeitraumes für todt gehalten wird". (Erk. des Rev.-G. vom 17. Dezember 1755, J. S. Adam gegen Wendel.)

In demselben Erkenntnisse ist ferner ausgesprochen, daß jene Intestaterben, welche den 25jährigen Termin erleben, und dort die nächsten Intestaterben sind, nach gestelltem Antrag auf Einsetzung in die angefallene Erbschaft, diese auch auf ihre eigenen Erben nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes übertragen, ferner, daß nach Stellung eines Antrages auf Einsetzung in die Erbschaft der Richter verbunden ist, den Abwesenden zur Wahrung seiner Rechte durch Ediktalien zu laden, und erst nach fruchtlosem Ablaufe des gesetzten Termines zu einer cognitio causae, d. h. zu einer Untersuchung und Prüfung der Verwandtschafts- und Intestaterbrechtsverhältnisse sowie zur Einsetzung der Berechtigten in die Erbschaft schreiten darf.

Schließlich wird in diesem Erkenntnisse noch auf eine kurfürstliche Verordnung vom 8. August 1707 verwiesen, nach deren Inhalt des Abwesenden Verlassenschaft mit dem nexu tacitae hypothecae behaftet sein solle.

Hiernach dürfte es keinem weiteren Zweifel mehr unterliegen, daß die unter Nr. I. ausgeführte Praxis nach den dem M. L. R. unterstellten Anschauungen die richtige sei, und daß sich hiernach das Verfahren über das Vermögen der Abwesenden in Folgendem ergibt:

1) Bis zum Ablaufe einer 25jährigen Abwesenheit ist die gewöhnliche Curatel nach Tit. V. § 6 zu bestellen. (Vergl. § 136.)

---

[1]) Als großer Zeitraum erscheint indeß eine 25jährige Abwesenheit nach dem jetzigen Verkehrsleben sicherlich nicht mehr.

Hiezu ist unzweifelhaft das Gericht des letzten Wohnortes des Abwesenden competent.

2) Ist jener Termin abgelaufen, so handelt es sich um die Einleitung des Verschollenheits-Verfahrens, welches von den Erbschaftsprätendenten mit der Anzeige zu beantragen ist, daß die Abwesenheit, während welcher eine verlässige Nachricht über des Abwesenden Aufenthalt, Leben oder Tod nicht eingegangen ist, bereits 25 Jahre dauere. Die Prätendenten haben darüber Beweis zu liefern, oder dieses zu beschwören. Der Abwesende und dessen etwaige Erben sind sodann öffentlich unter Vorsetzung einer Frist von mindestens zwei Monaten (G. O. cap. V. § 3) aufzufordern, sich zu melden. Die Betheiligten haben nach Ablauf des Termines die Nähe ihres Verwandtschaftsgrades darzuthun, und um Einsetzung in den Nachlaß zu bitten, welches dann unter Berücksichtigung der Intestaterbfolge, wenn kein Testament oder Erbvertrag vorliegt, vom Richter zu geschehen hat. Es ist durch richterliches, ebenfalls öffentlich bekannt zu machendes Erkenntniß auszusprechen, daß der Abwesende für verschollen oder todt zu erachten, nicht für todt zu erklären, und dessen Vermögen seinen nachgewiesenen nächsten Verwandten gegen Sicherheitsleistung nach Errichtung eines Inventares auszuhändigen sei, welche Caution aufgelöst werden soll, wenn sich innerhalb 50 Jahren, vom Tage der Abwesenheit gerechnet, weder der Abwesende noch dessen Leibeserben zum Rückempfang des Vermögens legitimiren sollten. Auf das überwiesene Grundvermögen ist Eigenthumsvorbehalt für den Abwesenden einzutragen, und für das übrige Vermögen genügende Sicherheit zu leisten. Falls diese nicht gestellt werden kann, ist das Vermögen unter Curatel zu verwalten, und jenen Erben blos der Zinsengenuß zuzuweisen. Zu allen diesen Handlungen sind nach bayr. Gerichtsverfassungsgesetze vom 10. November 1861 art. 18 die Untergerichte zuständig, weil es sich nicht blos um eine öffentliche Beurkundung, sondern um gerichtliche Prüfungen, Bestätigungen und Beschlußfassungen handelt. Dieser Zustand besteht fort, bis innerhalb der 50jährigen Frist entweder der Abwesende zurückkehrt, oder dessen Leibeserben seinen Tod nachweisen uud das Vermögen zurückfordern. Vermehrungen des Vermögens durch Früchte verbleiben den bisherigen Besitzern, Vermehrungen durch Erbschaften vereinigen sich aber mit dem Stammgut. Sind volle fünfzig Jahre seit der Abwesenheit des (25 Jahre lang) Verschollenen ohne dessen und seiner Leibeserben Rückkehr verflossen, und haben bis dahin die Besitzer des Nachlasses durchaus keine Kunde von dem Leben des Verschollenen erhalten, so können sie noch weiter hierüber gelieferten Beweis oder geleistetem Eide die Aufhebung der Sicherheitsmaßregeln beantragen, was ohne weitere Veröffentlichung und Aufforderung der Abwesenden zu geschehen hat, da das letzte Recht des Abwesenden — das Recht der Rückforderung — durch Verjährung also von selbst mit Ablauf der Zeit erlöscht.

Titulus XV.

De Jure et Tempore deliberandi, et beneficio Inventarii, das ist von der Bedenkzeit eine Erbschafft, oder Vermächtnuß annehmen zu wollen oder nicht, wie auch vom Inventarien-Recht.

§ 1.

Bedenkzeit wegen Annahme einer Erbschafft oder einer Vermächtnuß.

„Es haben sich auch einige Zeithero verschiedene Strittig„keiten bei Unsern Gerichten, wegen nicht angetretener Ver„lassenschaft oder sonstiger Vermächtnuß, als in Legatis und „Particular-Fideicommissen ereignet, wie sich dann auch „ergeben kann, daß der Erb, oder der, welchem etwas vermacht „worden, zwar den Testatoren überlebte, hingegen aber ver„stürbe, bevor er sich erkläret, die Erbschaft annehmen zu „wollen, oder ehe auch derselbe Wissenschaft von seiner Ein„setzung überkommen hätte;"

„So ordnen und befehlen Wir, daß, zur Verhütung „dergleichen, zwar dem Erben, oder deme etwas sub onere, „oder unter gewisser Beschwehrung vermacht, und ihme „die auf ihn beschehene Einsetzung bekannt worden, Zeit von „drei Monaten sich zu bedenken, gestattet sein solle, dergestalt, „daß, falls er in solcher Zeit sich nicht erklären würde, als„dann demselben hernach nicht mehr frei stehen solle, die Erb„schaft oder das Vermachte anzugehen, oder zu begehren, es „wäre dann Sach, daß der Richter ihm aus erheblichen Ursachen „eine längere Bedenkungszeit gestatten würde, die alsdann „länger als höchstens auf sechs Monat sich nicht erstrecken „solle, wann nicht der Erbe, oder deme etwas vermacht worden, „so weit entfernt wäre, daß obige Zeit nicht zulänglich, in „welchem Fall es auf des Richters Erkanntnuß und Zeit„bestimmung ankommen solle.

dauert drei allenfalls sechs Monath, eine weitere hanget von Bestimmung des Richters ab.

§ 2.

Der sich des Inventarii-Recht bedienet,

„Ist aber jemand, deme bedenklich fallet, eine Erb„schaft anzunehmen, bevor er sich über den Zustand und die „Kräfte der Verlassenschaft oder derer vermachten Stücken

„erkundiget habe, oder befürchtet, es möchten mehrere Passiv-„Schulden vorhanden sein, als die ganze Verlassenschaft aus-„weiset, und in sich begreifet, dem ist erlaubt zu begehren, „daß die ganze Erbschaft durch den Richter oder einen offen-„bahren Notarium ordentlich mit Nutzen und Lasten in-„ventarisiret und ihm solches zugestellt werde, da alsdann „der Erb ein mehreres nicht, als die Kräfften der Erbschaft „ausweisen, denen Creditoribus zu zahlen schuldig ist, es „soll aber dieses Alles ebenfalls in Zeit drei Monaten „längstens berichtiget; und keine längere Zeit, es geschehe dann „aus erheblichen Ursachen, gestattet werden."

Was er zu thun.

Hat nur drei Monate Bedenkzeit.

§ 3.

Wie viel Bedenkzeit dessen Erben haben.

„Obigen Temporis deliberandi oder Bedenkungs-Zeit, „wie nicht weniger der Zeit ein Inventarium errichten zu „lassen, haben sich auch zu erfreuen die Erben des Erben, „falls der Deliberirende oder zu inventarisiren habende Erbe „verstorben wäre, jedoch daß alsdann der Erb des Erbens „eine längere Zeit nicht haben solle, als der Verstorbene noch „übrig gehabt hat, wenn er nicht gestorben wäre."

§ 4.

Legatarii und Fidei-Commissarii Particulares sind davon ausgenommen.

„Jedoch sind in Ansehung des juris deliberandi hie-„von ausgenommen die Legatarii und Fidei-Commissarii „particulares, oder die, denen nur eine gewisse Sache ver-„macht worden, welche das Vermachte auf ihre Erben trans-„feriren, sie mögen sich wegen demselben bei ihren Lebzeiten „solches anzunehmen erkläret haben, oder nicht."

§ 5.

Wessen die Minderjährige sich diessfalls zu erfreuen.

„Sollten aber die Erben noch minderjährig oder blöd-„sinnig sein, und es hätten dieselben oder ihre Vormünder „sich in obiger Zeit wegen Annahme der Erbschaft, nicht „erkläret, so mag denselben auf ihr oder ihrer Vormünder „oder sonstiger nächsten Anverwandten Ansuchen, mittelst „Einsetzung in vorigen Stand, geholfen, fort sie in ordine „des Temporis deliberandi in Integrum restituiret werden."

§ 6.

Wie auch die Abwesende.

„Welche Rechtswohlthat auch denen Abwesenden zu „statten kommen solle.

---

§ 287.

Vom Erbschaftsantritt.

Der deutsche Grundsatz „der Todte setzt den Lebenden in den Besitz" enthält die Rechtsregel, daß Anfall und Erwerb der Erbschaft zusammenfallen, daß es also einer besonderen Erklärung des durch das Gesetz oder

letztwillige Verfügung Berufenen nicht bedurfte, um Erbe zu werden, eine solche Erklärung vielmehr nur dann nothwendig wurde, wenn der Berufene die Erbschaft ausschlagen wollte. Dieses Verhältniß hängt damit zusammen, daß der Erbe gleich dem Vermächtnißnehmer deutschrechtlich nur verbunden war, die Schulden des Verstorbenen nach Verhältniß der ihm zugefallenen Aktiven, nie aber über den Betrag der letzteren, zu bezahlen.

Bei Aufhebung dieser Sätze ging das M. L. R. nicht nur weiter als die meisten Partikular-Rechte, sondern sogar weiter als das von ihm zu Grund gelegte römische Recht, indem es auch die Partikular-vermächtnißnehmer in Tit. VIII. § 20 eventuell für die Schulden haftbar erklärt, wenn sie sich nicht durch Errichtung eines Inventares gegen die Haftungen aus einer überschuldeten Erbschaft geschützt haben (§ 249), während anderseits zufolge Tit. XV. § 4 von diesen Singular-successoren übereinstimmend mit dem römischen Rechte ein Erbschafts-antritt nicht verlangt wird.

Durch die Verpflanzung des römischen Rechtes auf deutschen Boden, kamen von selbst auch die Streitfragen dieser Lehre mit herüber, insbesondere, ob eine Frist zur Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft gesetzlich vorgeschrieben sei (l. 19 C. [6. 30]), ob es zur Vorsetzung einer solchen Frist des Drängens eines Mitbetheiligten bedürfe (l. 5. 6 D. [11. 1), l. 9 C. [6. 30], l. 1. § 12 D. [38. 9]), ob diese Frist ein Jahr oder nur drei Monate währe (l. 22 § 1 C. [6. 30]), ob endlich nach Ablauf dieser Frist der Berufene als annehmend oder als ablehnend zu betrachten sei (l. 3 C. [6. 33]), l. 22 § 13. 14 C [6. 30), und ob dann der fingirte Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft nur den Nachlaß-G l ä u b i g e r n oder den M i t e r b e n oder beiden zugleich oder wem gegenüber als geschehen gelte.

Daß nun bei dieser Ungewißheit der Auslegung der Gesetze-Streitigkeiten unter den Erbschaftsbetheiligten leicht möglich waren, ist selbstverständlich, und diesem Mißstande wollte das M. L. R. in Tit. XV. § 1 durch seine Verordnungen abhelfen, namentlich auch rücksichlich der Transmission der Vermächtnisse oder einer noch nicht angetretenen Erbschaft. Es verordnet daher zunächst bezüglich der Zeit, innerhalb welcher jeder Erbe, der Intestat- oder Testamentserbe (denn es spricht in Abs. 2 sowohl allgemein vom E r b e n, als von dem, welchem etwas sub onere vermacht ist), sich über den Antritt erklären muß, daß der Erbe von der Bekanntwerdung des Erbschafts-Anfalles an, bei Strafe des Verlustes seines Rechtes innerhalb dreier Monate, oder einer weiteren vom Richter zu erbittenden Bedenkzeit, welche jedoch ohne besondere Gründe nicht über sechs Monate verlängert werden soll, sich zur Annahme der Erbschaft bereit erklären soll. Als ein solcher Grund wird eine so weite Entfernung aufgeführt, daß für den Erbberechtigten die Erklärung nach Ermessen des Richters unmöglich erscheint — das Preuß. Landr. gewährt, wenn der Aufenthaltsort des Berufenen 40 Meilen vom letzten Wohnorte des Erblassers entfernt ist, eine Frist zur Erklärung über die Annahme der Erbschaft von drei Monaten —. Das M. L. R. setzt den Anfang dieser Frist auf den Zeitpunkt, „wo dem Erben die auf ihn geschehene Einsetzung bekannt wurde", spricht also hier blos von der testamentarischen Erbfolge. Was nun den Fall der gesetzlichen Erfolge betrifft, so ist es allerdings richtig, daß die Intestaterben erst in Ermangelung rechtsgültiger, insbesondere letztwilliger Verfügungen des Erblassers zur Succession gelangen, und daß derjenige, welcher in einem Testament zur Erbschaft

berufen wurde, hievon erst durch die Testamentseröffnung sichere Kenntniß erlangt, daß es mithin für die Intestaterben bedenklich bleibt, sich für die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft zu erklären, bevor sie wissen, daß ihnen nicht Testamentserben vorgehen; allein das M. L. R. verlangt nur, daß der Berufene Kenntniß von dem Anfalle der Erbschaft habe, und diese Kenntniß erlangt der Intestaterbe, sobald er den Tod des Erblassers erfährt, weil ihm durch diesen Tod die Erbschaft nach dem Gesetze deferirt wird. Ist der testamentarisch berufene Erbe zugleich Intestaterbe, so beginnt für ihn von der Kenntniß seiner testamentarischen Berufung eine neue Frist. Sind aber die Intestaterben durch ein Testament ausgeschlossen worden, und verzichtet der Testamentserbe auf die Erbschaft, so haben die Intestaterben, an welche nun die Erbschaft gelangt, der Natur der Sache nach wieder die volle Frist vom Tage des ihnen bekannt gewordenen Erbanfalles. Einer besonderen Aufforderung zum Antritte der Erbschaft bedarf es mithin nach M. L. R. nicht, und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist fällt die Erbschaft an den nächsten Erben. (A. G. E. vom 10. Juli 1835, Nr. 1441.)

Uebrigens deuten die Eingangsworte des Gesetzes Tit. XV. § 1 darauf hin, daß es sich bei diesen Anordnungen nur um Vermeidung von Streitigkeiten handeln soll, daß also da, wo außer dem betreffenden Erben sonst niemand durch die Verzögerung des Antrittes benachtheiligt wird, z. B. Gläubiger, Miterben, Legatare, Partikularvermächtnißnehmer 2c., wo also auch keine Streitigkeiten zu befürchten sind, von dem römischen Rechte nicht abgewichen werden wollte, und daher dem Erben die 30jährige Frist der Erbschaftsklage nach gemeinem Rechte gegönnt werden muß. (Unterholzner Verjährung § 165—167. — Seuffert, P. R. § 568.)

Außer den unter väterlicher Gewalt befindlichen Kindern war nach römischem Rechte Niemand zur Annahme einer Erbschaft verpflichtet (§ 184 not. 1), allein selbst diesen wurde später gestattet, sich der väterlichen Erbschaft zu enthalten (beneficium abstinendi). (l. 8. l. 11. 12. 57. pr. l. 71 § 4 D. [29. 2] § 2 J. (2. 19].) Auf das Bestehen der väterlichen Gewalt hat es hiebei nach M. L. R. nicht mehr anzukommen (§ 263 not.), da dieses Gesetz nach Tit. XXXI. § 1 und 2 die mit der römischrechtlichen väterlichen Gewalt verbundene Einheit der Person zwischen Vater und Haussohn nicht annimmt, die Praxis vielmehr den Satz anerkennt, daß zwar die Kinder mit dem Austritt aus der elterlichen Gewalt selbstständig werden, aber alle Rechte zu der Familie (welche nach römischem Rechte durch die Emancipation verloren gingen) mit den daraus fließenden Vortheilen beibehalten, daß somit alle leiblichen Kinder, ohne Rücksicht auf den Austritt aus der elterlichen Gewalt, (ipso jure) auch ohne Erbschaftsantritt, Erben werden, und ihre Erbrechte auf ihre eigenen Erben übertragen. (Erk. des Rev.=G. vom 20. September 1782 und 31. Juli 1786, J. S. Baumann gegen Baratino. Vergl. Frankf. Reform. Thl. VI. Tit. I. § 4.)

Der Antritt (die Annahme) einer Erbschaft besteht nun in der ausdrücklich oder stillschweigend, d. h. durch Handlungen kund gegebenen Erklärung, daß man Erbe sein wolle. Der Erbschaftsantritt kann auch in der Klage auf Herausgabe der Erbschaft geschehen, nur darf selbstverständlich zur Zeit der Klagstellung die Zeit zum Erbschaftsantritt noch nicht abgelaufen resp. das Recht selbst noch nicht erloschen sein. Wird in der Klage dagegen behauptet, der Kläger habe die Erbschaft schon

angetreten, so muß er dieses beweisen; denn dadurch, daß man ein Recht klagbar verfolgt, wird es selbst nicht geboren, sondern es muß schon existiren. (A. G. E. vom 14. Oktober 1865 Nr. 2371.) Dieser Antretung muß der Anfall durch Testament oder Gesetz (Intestaterbrecht) vorhergehen; es kann daher von einer Annahme keine Rede sein, solange eine aufschiebende Bedingung des Erblassers nicht erfüllt ist (l. 5 § 2 D. [36. 2]), der Intestaterbe kann nicht antreten, solange er durch einen Testamentserben ausgeschlossen ist, der Substitut nicht, bevor der eingesetzte Erbe hinweggefallen ist. Auch eine stillschweigende Annahme der Erbschaft durch Handlungen, d. h. eine Einmischung in den Nachlaß hat nicht eher die Wirkung des Antrittes, als bis der wirkliche Anfall der Erbschaft eingetreten ist; solche Handlungen können nämlich bis zum Anfall der Erbschaft nicht als Handlungen des Erben betrachtet werden, und berechtigen den Handelnden immer noch zur Ausschlagung der Erbschaft.

Der Antritt muß freiwillig und auf zuverlässige Weise erklärt sein, um unwiderruflich zu werden. (l. 4. C. [6. 31]) [1]). Der Erbe muß daher nicht blos den Tod des Erblassers, sondern auch den Anfall der Erbschaft und die Ursache und Bedingungen des Anfalls kennen. (l. 76 D. [50. 17].) Eine Erbschaft kann auch nicht theilweise angetreten werden, sondern sie muß entweder ganz, soweit sie anfällig wird, erworben, oder ganz ausgeschlagen werden. (l. 1. 2 D. [29. 2].) Eine theilweise Annahme gilt daher für eine vollständige. (l. 10. 53. § 1 l. 80 § 1 D. [29. 2].) Aus diesem Grunde können auch Kinder nicht blos den Pflichttheil antreten, und die übrige Erbschaft ausschlagen, wenn der Pflichttheil nicht in einer bestimmten Sache (als Vermächtniß) hinterlassen ist, denn der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft.

Gemeinrechtlich können Minderjährige ohne Autorisation des Vormundes eine Erbschaft nur dann antreten, wenn ihnen die Erwerbung zum offenbaren Vortheile gereicht, denn mit dem Erbschaftsantritt ist ein stillschweigender Vertrag (quasi contractus) verbunden, wodurch sich der Erbe nicht blos den Legataren und Fideicommissaren verbindlich macht, ihre Vermächtnisse zu entrichten, sondern auch die Pflicht auf sich nimmt, die Schulden des Erblassers zu bezahlen. Folglich muß der Antretende eine Person sein, welche sich verbindlich machen kann. Nach Tit. XV. § 5 des M. L. R. können aber Minderjährige entweder selbst den Antritt einer fremden Erbschaft erklären, oder es kann dieses durch ihre Vormünder oder Eltern resp. sonstige nächste Verwandte geschehen. Wurde die gesetzliche Antrittszeit versäumt, so ist solchen Personen das Rechtsmittel der Restitution gleich den Abwesenden gewährt. Damit ist aber die Vorschrift des gemeinen Rechtes, wonach den Minderjährigen jenes Rechtsmittel gegen die von ihren Vormündern oder Eltern in ihrem Namen geschehene Antretung zusteht (l. 8. § 6 C. [6. 61]) keineswegs aufgehoben. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Februar 1780, J. S. Heichemer gegen Halm.) Die Annahme der Erbschaft äußert

---

[1]) Ist jemand durch Betrug zum Antritt verleitet worden, so macht dieser alle Handlungen, welche er zur Folge hat, ungültig. Ebenso wenn der natürliche Erbe sich in den Besitz der Erbschaft gesetzt hat, in der durch Betrug veranlaßten Meinung, daß keine Verfügung auf den Todesfall vorhanden sei, nachher aber solche Verfügungen bekannt werden, welche ihm den Besitz der Erbschaft lästig machen. (l. 22. D. [29. 2].)

ihre Wirkung rückwärts bis zum Tage der eröffneten Succession, d. h. derjenige, welcher eine Erbschaft annimmt, zu welcher Zeit dieses immer geschehen möge, wird so angesehen, als wenn er sie schon zur Zeit ihrer Eröffnung, und von jenem Augenblicke an gehabt hätte; er muß sich daher auch alle inzwischen an dem Vermögen vorgegangenen regelmäßigen Veränderungen gefallen lassen, und alle hinzugekommenen Lasten tragen. Bis zum Antritt dauern die Rechte des Verstorbenen unter der Fiction einer Person als liegende Erbschaft fort. (§ 292.)

§ 288.

Von Entschlagung der Erbschaft.

Die Entschlagung einer Erbschaft kann ebenso wie der Antritt ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, letzteres indem der berufene Erbe die ihm gestattete Bedenkzeit unbenutzt vorübergehen läßt. In beiden Fällen gilt aber die Entsagung nur dann, wenn der Erbe nicht bereits angetreten, oder sich in den Nachlaß eingemischt hatte. Der Verzicht kommt in der Wirkung der Entschlagung gleich, wenn er unentgeldlich und zu Gunsten aller Miterben geschieht. Erfolgt aber der Verzicht zwar unentgeldlich, aber nur zu Gunsten eines oder einiger Miterben, so ist er einer Schenkung, und erfolgt er gegen Bezahlung, so ist er einem Verkaufe gleich zu achten. In diesen beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß der Schenker oder Verkäufer seines Erbantheiles diesen stillschweigend erworben haben, weil man wohl auf eine noch nicht erworbene Sache verzichten, aber nur ein Eigenthum verschenken oder verkaufen kann.

Ist der Verzicht einmal erklärt, so wird der Verzichtende angesehen, als ob er nie zur Erbschaft berufen gewesen wäre. Nur Minderjährigen wird analog nach § 5 Tit. XV. des M. L. R. die Restitution zu gestatten sein.

Der Antheil des Verzichtenden wächst den übrigen Erben an. Handelt es sich um Intestaterbrechte und der Verzichtende stand allein in der Klasse, so fällt die Erbschaft an die nächste Klasse. Handelt es sich um eine testamentarische Erbschaft, so richtet sich Ausfall und Anwachsungsrecht des offen gewordenen Erbtheiles nach den in § 266 aufgestellten Grundsätzen. Da eine lebende Person nicht repräsentirt werden kann, so kann auch zufolge des Repräsentationsrechtes niemand an die Stelle eines Erben treten, welcher verzichtet hat. Dieses leidet nur bei den Descendenten des Erblassers, seinen Enkeln, Urenkeln ꝛc. eine scheinbare Ausnahme, weil, wenn deren Vater verzichtet, die Kinder nicht mit ihren Erbrechten an seine Stelle treten, sondern aus eigenem Rechte Erben werden. In der Seitenlinie können aber Kinder ihren lebenden Vater nicht ersetzen, weil hier das Repräsentationsrecht gilt. (Vergl. § 278.279.)

Erben, welche zum Nachlaß gehörige Gegenstände sich angeeignet, oder sich in die Erbschaft eingemischt haben — durch pro herede gestio § 287 — verlieren dadurch das Recht der Ausschlagung. Ihres Verzichtes ungeachtet bleiben sie unbedingt und ohne Vorbehalt Erben, die Rechtswohlthaten der Bedenkzeit und des Inventares kommen ihnen nicht mehr zu statten.

Nach l. 71 D. (29. 2) kann selbst der heres suus, welcher aus einer Verlassenschaft etwas bei Seite geschafft hat, nicht mehr Verzicht

darauf leisten, doch muß dieses aus böser Absicht geschehen sein. (l. 71. § 8 D. [29. 2].)

Hat der Erbe nach Verzichtleistung auf die Erbschaft etwas daraus auf die Seite geschafft, so kann er als Dieb verfolgt werden. (l. 71. § 9 D. [29. 2].) Geschah dieses aber vorher, so wird er dadurch Erbe, und es kann dann im Allgemeinen kein Verfahren wegen Diebstahls gegen ihn stattfinden, weil man eine durch Antritt erworbene Erbschaft, sohin die eigene Sache, nicht stehlen kann.

§ 289.
Rechtsmittel gegen überschuldete Erbschaften.

Die mit dem Antritte einer Erbschaft eintretende Verbindlichkeit des Erben, die sämmtlichen Verpflichtungen des Erblassers (etwa nach Abzug der Quarta Falcidia oder Trebelliana) zu übernehmen, und sämmtliche Schulden zu zahlen, kann leicht die Wirkung haben, daß die Erwerbung einer Erbschaft nicht nur keinen Vortheil bringt, sondern sogar den Verlust des eigenen Vermögens des Erben nach sich zieht.

Um sich gegen solchen Nachtheil zu schützen, stehen dem Erben zwei Rechtsmittel zu Gebot, nämlich a) die Bedenkzeit — jus deliberandi —, b) die Rechtswohlthat des Inventares — beneficium inventarii. —

§ 290.
a) Die Bedenkzeit — jus deliberandi.

Jus deliberandi ist das Recht des Berufenen, die Zuträglichkeit der Annahme einer Erbschaft selbst durch eigene Nachforschungen zu prüfen. Hier kommt dieses Mittel nicht bezüglich der Frist zur Erwerbung der Erbschaft in Betracht, sondern als die Zeit, innerhalb welcher sich der Erbe überzeugen kann, ob der Aktivnachlaß nicht von den Lasten überstiegen wird.

Die Ausnahme, daß die spätere Entdeckung eines Testamentes einen Rücktritt von der Erbschaftsannahme unter Umständen rechtfertige (§ 287), kann nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn nach Antretung eine Schuld entdeckt werden sollte, welche die Aktiva des Nachlasses übersteigt, und welche den eigenen Nachforschungen des Erben entgangen ist. Mag es immerhin sogar leichter sein, zu erfahren, ob der Verstorbene letztwillige Verfügungen hinterlassen hat, als eine geheime Schuld desselben zu kennen, so schützt doch gegen letztere ein Irrthum nicht; der einmal eingetretene Erbe muß sie zahlen, er kann sich dagegen nur durch das einzige sichere Mittel decken, wenn er die Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventares antritt.

Der Gebrauch des jus deliberandi findet vor Antretung der Erbschaft statt.

Ueber die Zeit, innerhalb welcher dieses Rechtsmittel geltend zu machen ist, und die Wirkungen der Versäumung vergl. § 287.

§ 291.
b) Von der Rechtswohlthat des Inventars.

Die Geltendmachung dieser Rechtswohlthat kann bei Antritt der Erbschaft geschehen, und bezweckt, a) daß der Nachlaß mit dem eigenen

Vermögen des Erben nicht vermischt wird, und b) daß der Erbe nur soviele Schulden des Erblassers übernehmen muß, als aus dem Nachlasse zufolge eines darüber zu errichtenden Inventares bezahlt werden können. Dieses Recht kommt allen Erben zu, sowohl den Intestat= als Testamentserben, sogar jenen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers unter dessen unmittelbarer elterlichen Gewalt standen; es bewirkt, daß der Erbe außerdem den vierten Theil von den Legaten und Fideicommissen (quarta Falcidia und Trebelliana § 256. 259) abziehen darf, sobald dieselben mehr als drei Viertheile des schuldenfreien Nachlasses betragen, daß auch die eigenen Forderungen des Erben an die Masse nicht durch Confusion erlöschen, und daß demselben die Leichenkosten vergütet werden müssen.

Der nach Abzug dieser Posten verbleibende Rest des Nachlasses ist die Erbschaft.

Die Erklärung des zur Erbschaft Berufenen, daß er nur unter der Rechtswohlthat des Inventares Erbe werden wolle, muß bei der zuständigen Verlassenschaftsbehörde gemacht werden; sie hat auch nur dann eine Wirkung, wenn ein getreues und genaues Verzeichniß der Erbschaftsgegenstände darauf erfolgt ist. Dieses Verzeichniß muß nach l. 22 C. (6. 30) von einem Notar (vergl. § 19 des Notariatsgesetzes vom 10. November 1861) errichtet werden; alle Betheiligte, die Legatare und bekannten Gläubiger sind zur Errichtung dieses Inventares zu laden (§ 295 nr. 5), und es muß eine genaue und getreue Beschreibung aller zur Erbschaft gehörigen Mobilien, Liegenschaften, Urkunden und Briefschaften enthalten. Der Erbe selbst ist schuldig, für die rechtzeitige Errichtung des Inventares zu sorgen, und diese bei dem Notare zu betreiben; durch das blose Begehren der Inventur findet er sich nicht gedeckt, wenn er vor deren Vollzug die Erbschaft ausdrücklich oder stillschweigend annimmt. Das gemeine Recht sowohl, als das M. L. R. Tit. XV. § 2, dann Tit. XV. § 5 und 6 legen die Verbindlichkeit der Inventarerrichtung vollständig den Erben auf. Durch Geltendmachung dieser Rechtswohlthat können indeß Kinder ihr mütterliches oder väterliches Vermögen nicht in der Weise vollständig aus dem Nachlaß im Falle einer Ueberschuldung retten, daß sie befugt wären, ihr Vater= oder Muttergut vorweg abzuziehen; sie können nur die Verschmelzung durch Confusion abwenden, und das Vater= oder Muttergut bleibt vor wie nachher eine auf der Nachlaßmasse haftende Schuld. (Erk. des Rev.=G. vom 17. September 1787, J. S. Baumann gegen Baratino.) Dem Erben ist indeß auch gestattet, von den beiden Rechtswohlthaten nacheinander Gebrauch zu machen, und aus dem Eingang des Tit. XV. § 2 geht sogar hervor, daß er, wenn es ihm bedenklich fällt, die Erbschaft anzutreten, sich über die Kräfte des Nachlasses erkundigen, und dann erst die Inventarerrichtung beantragen mag, ohne damit eine Antrittserklärung zu verbinden [1]). Für jede auch successive geltend zu machende Rechtswohlthat

---

[1]) Die Nürnberger Reform. verordnet Tit. 36. l. 1 § 2 ff., daß der Erbe, wenn er ehrlich handeln, und sich vor Schaden hüten will, zuerst ein Inventar errichten, und sich dann erklären soll, ob er die Erbschaft ausschlagen, oder mit dieser Wohlthat annehmen will.

Frankf. Reform. Thl. VI. Tit. III. § 2 „So aber die Erben noch nicht bedacht waren, die Erbschaft anzunehmen, oder auch deren sich zu entschlagen, und gleichwohl die Inventirung ihnen zu gestatten bitten wollten, um daraus sich der Erbschaft Gelegenheit, und ob dieselbe ihnen annehmlich sein wollte, oder nicht, zu erlernen: so soll ihnen solches auch vergünstiget werden."

soll dem Erben die regelmäßige Frist von drei Monaten gewährt und aus genügenden Gründen vom Richter selbst noch verlängert werden[1]).

Die Kosten dieses Verfahrens treffen die Erbmasse, weil sie zu dem Zwecke nöthig werden, daß die Absicht des Gesetzes oder Testamentes erfüllt, und dem Verstorbenen ein Rechtsnachfolger gefunden werde.

Während die Frage über den Antritt in Schwebe ist, können zum Nachlaß gehörige, dem Verderben unterworfene Objekte, oder solche Sachen, deren Erhaltung kostspielig ist, auf Antrag des Berufenen und mit Genehmigung der Gerichtes verkauft werden.

Nach l. 22 § 10 C. (6 30) wurde ein Erbe der Rechtswohlthat des Inventares nicht verlustig, wenn er zur Erbschaft gehörige Effecte aus böser Absicht bei Seite geschafft hatte, sondern er hatte nur zur Strafe dieselben doppelt zu ersetzen. Consequenter wäre es jedenfalls, denselben wegen Einmischung in die Erbschaft als Erben zu erachten, wie dieses in art. 801 des Cod. Nap. geschieht[2]). Die Stelle des römischen Rechtes deutet darauf, daß der Beneficiar-Erbe, bis er unbedingt annimmt, oder ausschlägt, als bloser Verwalter der Erbschaft zu betrachten, und allen Verbindlichkeiten derjenigen unterworfen ist, welche fremde Geschäfte besorgen. Doch kann man ihn, wenn ihm vom Gerichte die Verwaltung überlassen wird (was indeß nur geschehen wird, wenn mit dem Antrag auf Inventarerrichtung der Erbantritt verbunden wurde) nur für grobe Versehen verantwortlich machen, denn er besorgt, indem er fremde Geschäfte verwaltet, zugleich seine eigenen, und hat daher die Vermuthung für sich, daß er alle Sorgfalt darauf verwende, deren er fähig ist. Ueber diese Verwaltung ist der Beneficiar-Erbe den Nachlaßinteressenten jedenfalls Rechnung zu legen schuldig.

Nach l. 22 C. (6. 36) und M. L. R. Tit. XV. § 2 besteht also die Wirkung der Wohlthat des Inventares darin, daß sie dem Erben folgende Vortheile verschafft:

a) Daß er die Erbschaftsschulden nur nach dem Betrage des Werthes der erhaltenen Erbschaftsstücke zu zahlen verbunden ist, und sich auch dieser Zahlung dadurch entlasten kann, daß er den Gläubigern und Legataren die ganze Nachlaßmasse überläßt.

Dieses Recht ist gleichbedeutend mit der Willkühr des Beneficiar-Erben, sich der Zahlung der Schulden zu entledigen, wenn er die Erbschaft auch nach der Antretung wieder ausschlägt. Er wird dann sogar von den Verbindlichkeiten befreit, welche er selbst Namens der Erbschaft gegen die Gläubiger eingegangen hat, z. B. wenn er ihnen ein neues Schuldbekenntniß ausgestellt hätte.

b) Daß sein eigenes Vermögen mit den Erbschaftsstücken nicht vermischt wird, und daß er das Recht behält, gegen die Erbschaft seine Forderungen geltend zu machen.

---

[1]) Da mit einer Erklärung auf Inventarerrichtung keine Gefahr verbunden, und dazu keine lange Ueberlegung nöthig ist, mag wohl die dreimonatliche Frist genügen.

[2]) Nach der Frankf. Reform. Thl. VI. Tit. III. § 8 sollen, wenn durch die Erben namhafte Stücke der Erbschaft vorsätzlich verschwiegen und auf die Seite geschafft wurden, die Erben der Wohlthat des Inventares verlustig sein, und dazu derjenige „so den usumfructum und Beiseß an solcher Nahrung ganz oder zum Theil haben möchte, denselben auch verwirkt haben." (Vergl. M. L. R. Tit. VII. § 8 Tit. XVI. § 8.)

Es wird daher durch die Inventarerrichtung weder das Heirathsgut der Frau, noch der Pflichttheil der Kinder, wenn sie Erben waren, mit dem erbschaftlichen Vermögen durch Confusion vermischt. (Vergl. M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11.)

§ 292.

Von der vakanten und liegenden Erbschaft.

1) Wenn nach Ablauf der zur Antretung der Erbschaft vorgestreckten dreimonatlichen Frist sich Niemand zur Annahme gemeldet hat, kein bekannter Erbe vorhanden ist, oder die bekannten Erben ausgeschlagen haben, so wird die Erbschaft als herrenloses Gut angesehen, welches dem Fiscus [1]) anheimfällt. Letzterer hat jedoch die Schulden nie über den Betrag des Vermögens zu bezahlen. (l. 5. C. [10. 10].)

Hat der Fiscus die Erbschaft angenommen, so können auch diejenigen, welche darauf verzichtet haben, den Verzicht nicht widerrufen, weil dieses nur zulässig ist, wenn die Erbschaft vacant geblieben ist.

2) Solange dagegen der Antritt einer Erbschaft noch zu erwarten ist, wird sie „liegend" (hereditas jacens) genannt. Die liegende Erbschaft beginnt mit dem Tode des Erblassers, und hört mit dem Antritt auf. Dieses gilt auch bei den Zwangserben (heredes sui), weil ihnen das Recht der Entschlagung gebührt, bis sie sich entweder eingemischt oder der Erbschaft entsagt haben. Bis zum Antritte des Erben wird die Erbschaft für eine Person (des Verstorbenen) geachtet. (l. 22. D. [46. 1], l. 34. D. [41. 1].)

Kann die Erbschaft z. B. wegen einer dem Erben gesetzten unerfüllten Bedingung nicht angetreten werden, so ist der Nachlaß, ähnlich wie das Vermögen eines Abwesenden bis zum Antritt curatelmäßig zu verwalten. (§ 223 nr. 7.) — Vergl. Cod. Maxim. III. cap. 1 § 5 nr. 8. — l. 3 D. [27. 10], l. 2 D. [2. 12], l. 1 § 4 D. [50. 4], l. 8 9 pr. D. [42. 4]. — Daß die Gläubiger, welche gegen den Verstorbenen Forderungen hatten, diese auch gegen eine liegende Erbschaft geltend machen können, ist zweifellos. Das von der älteren Praxis dem Gläubiger zugestandene Recht der Besitzergreifung des Nachlasses muß jedenfalls auf eine vacante Erbschaft eingeschränkt werden, da liegende Erbschaften der gerichtlichen Vorsorge so lange anheimfallen, bis die Ungewißheit in Betreff des Erben gehoben ist. (l. 1 § 2 D. [42. 7], l. 1. § 4 D. [50. 4] — Seufferts P. R. § 514. 564.)

---

[1]) Personen, welche das Recht haben, erblose Güter in Besitz zu nehmen, sind keine Erben, dieses liegt schon im Begriffe erbloser Güter (Puchta, Vorlesungen § 561.) Zu diesen Personen gehört auch der Fiscus; mag man ihn auch an die Stelle eines Erben treten lassen, so beruht doch das Intestaterbrecht auf dem Verwandtschaftsverhältnisse, alle übrigen Rechte zum Nachlasse eines Verstorbenen sind nur Occupationsrechte, welche eben darauf beruhen, daß keine gesetzlichen Erben vorhanden sind. (Rhein. Museum VI. 6, Elvers, prakt. Arbeiten Nr. 2 S. 12 ff.) Diese Frage ist übrigens gemeinrechtlich eine bestrittene, während sie nach M. L. R. Tit. XIV. § 10 Abs. 2 dahin entschieden ist, daß das Eintreten des Fiscus in Ermangelung von Erben bis zum 10. Grade oder eines Ehegatten als Erbfall betrachtet wird.

Titulus XVI.

Von Erb- und Theilungen.

§ 1.

Wann die Theilungen gerichtlich vorzunehmen.

„Die Erb- und andere Theilungen sollen von einer hierzu „specialiter deputirten Gerichtsperson, und Gerichtsschreiber „vorgenommen werden, wann ein Minderjähriger oder Ab- „wesender, für welchen kein Bevollmächtigter vorhanden, dabei „interessirt ist."

§ 2.

Wie theil- und untheilbare Sachen zu vertheilen.

„Sollen alsdann alle Stück entweder in natura ge- „theilet, oder etwas anderes von gleichem Werth dagegen „gegeben werden, wann sich aber nichts dagegen zu setzen „findet, womit sämmtliche Erbsinteressenten zufrieden wären, „oder das Haus, oder was es sonsten ist, nicht füglich kann „getheilet werden, so soll dieses alsdann an den Meist- „bietenden verkauft werden."

§ 3.

Eviction.

„Die Erben sollen einander wegen der getheilten Erb- „schaft Währung zu leisten schuldig sein."

§ 4.

Wie ein Abwesender zu citiren.

„Wann ein Abwesender bei einer solchen Theilung mit „interessiret wäre, soll ihn das Gericht auf einen Tag selbsten „oder durch einen Anwalt dabei zu erscheinen (so ihm für „den ersten, zweiten und dritten peremtorischen Termin an- „zusetzen ist) citiren lassen, wann man weiß, wo er sich auf- „halte, und ihm ohne große Kösten und Zeit-Verlust eine „solche Citation kann beigebracht werden, sonsten soll ihm „ein Curator von Amts halber gestellet werden."

Was das Gericht bei dessen Nichterscheinung thun soll.

„Und wann das Gericht die sichere Nachricht erlanget „hat, daß diese Citation behörig insinuiret worden, der Ge- „ladene aber nicht erscheinet, soll alsdann das Gericht jemanden „von Amtswegen constituiren, der in des Abwesenden Namen

„dabei seie, ist es aber ein Minderjähriger, so muß demselben „in allen Fällen ein Vormunder oder Curator gestellet, und „hiezu verpflichtet werden, so in dessen Namen bei der Theilung „erscheine."

§ 5.

Abgemährte Ordens-Personen sind pro renuntiatis

und wie es mit dem noch ausstehenden Ordinationsmäßigen Quanto zu halten.

nach dessen Bezahlung

bleibt sein Antheil liegender Güter dessen Mit-Erben.

„Wann aber eine Ordens-Person, Männ- oder Weib„lichen Geschlechts, oder sonst ein Religios seine Ordinations„mäßige Aussteuer allschon erhalten, und dem Kloster ein„gebracht, so ist der- oder dieselbe wegen der übrigen Erb„schaft, es seie von Eltern oder Anverwandten, pro renun„ciato und abgemährt zu halten, sofern aber das ordinations„mäßige Quantum, nach der unter dem 5. April 1737 von „Unserm lobseeligsten nächsten Herrn Vorfahrer gemachten, „oben Tit. VII. § 4 angeführten Verordnung, noch nicht „abgeführet worden, so solle solches alsdann aus demjenigen „Erbschaftsantheil, welches ihm sonsten ab intestato zu„gefallen wäre, insoweit dasselbige hinreichig, annoch ent„richtet werden, und solle alsdann die Citation dessen Abbten, „Abbatißin, Priorn, Rectorn, oder sonstigen desselben Klosters „Vorstehern, worinnen der- oder dieselbe, so an der Sach „Theil hat, sich befindet, insinuiret werden, und was ihm an „liegenden Gütern zu seinem Antheil kommt, das sollen seine „Miterben behalten."

§ 6.

Weltgeistliche sind ausgenommen.

„Falls aber ein Weltgeistlicher, so sich in keinem Orden „befindet, dabei interessirt ist, dem soll seine Erb-Portion an „liegenden Gütern und sonsten, sie bestehe, worin sie wolle, „ohnweigerlich abgefolgt werden."

Unbewegliche vermachte Güter können Stift- und Klöster nicht behalten.

„Würde aber einem Kloster, Stift, oder geistlichen „Collegio (die Armen- und Waisen-Häuser hievon aus„genommen) etwas an liegenden Gütern legirt, oder sonsten „vermacht, so soll dieses wie in obgedachter Ordnung de „Anno 1737 gemeldet, längstens innerhalb einer Jahresfrist „in weltliche Hände verkauft, oder nach Verfließung dieser „Zeit, dem Churfürstlichen Fisco anheim gefallen sein, und „wie solches geschehen, angezeiget werden."

§ 7.

Was bei entstehenden Rechts-Fragen zu thun.

„Kämen nun dem Gerichts-Schöffen, der bei einer „Theilung ist, zweifelhafte Fälle vor, die er nicht zu ent„scheiden wüßte, soll er diesertwegen das Gericht um Rath „fragen, und wann die Erben auch bei des Gerichts Gut„bedunken nicht ruhen wollten, soll das Gericht den Casum „und beiderseitige Fundamenta zu Protocoll nehmen, und „ein förmlich Urtheil sprechen, unterdessen aber mit der Thei„lung einhalten, es seie dann, daß mit der Theilung könnte „fortgefahren werden, wann schon solcher ganz separirter „Punkt ausgesetzt bliebe."

§ 8.

Was der schuldigen Manifestation halber zu beobachten.

„Soll der Vatter oder Mutter, so inventiren lasset, oder, „nach dieser beider Tod, die Erben, so vierzehn Jahr alt, „wann es Mannsleut, wann es aber Weibsleut, 12 Jahr alt „seind, in Gegenwart ihrer jüngeren Geschwistern, oder wann „deren keine, welche soviele oder mehrere Jahre hätten, vor= „handen, das Haus=Gesind, und die, so die ganze Zeit im „Haus auf= und abgegangen, oder die nächste Befreunde an „Eides statt Hand treulich, oder auch, wann es erfordert werden „sollte, eidlich angeloben, daß sie alles bei der Inventirung „dem Richter treulich anzeigen, und wo sie etwas vergessen „würden, dasselbe nachgehends annoch eröffnen und ad In- „ventarium bringen lassen wollen."

§ 9.

Wie die Güter zu specificiren.

„Müssen die Gerichte die Güter nicht in folle oder „überhaupt, sondern Stuck vor Stuck aufschreiben, mit Ver= „meldung der Maaß und dergleichen, auch Gattung der „Güter, ob es nemblich Acker oder Wiesen, Weinberg ꝛc. ꝛc., „auch mittelst Benennung deren Neben=Lagen und deren Orten, „wo sie situirt sind."

§ 10.

Wie es mit denen anderwärts gelegenen Güter zu halten.

„Hätte jemand in einem anderen Ort Güter, so kommt „dem Gericht desselben Ort zu, das Inventarium über selbig „Gut sammt Zugehör zu machen, und dessen Copiam dem „darüber bestellten Vormünder zu geben."

§ 11.

Wie die Mobilien zu schätzen.

„Die Mobilia, Vieh, Waaren und Effecten hat der „Gericht=Schöff stückweis durch der Sachen erfahrne Personen „bei der Inventur schätzen, und den Preiß anschreiben zu „lassen, auch diese Leuth dahin anzuweisen, daß sie handtreulich „angeloben, auch erheischenden Umständten nach eidlich ver= „sprechen sollen, ganz unparteiisch diese Stück, was sie in „sich alsdann werth sind, schätzen zu wollen."

§ 12.

Bei Abgang eines Inventarii ist zu schwören.

„Wann aber einer ein solch Inventarium nicht hätte „machen lassen, so ist er wenigstens alles eidlich zu mani= „festiren schuldig."

§ 13.

Der Vervortheilte zu hören.

„Würde jemand in einer Theilung vervortheilt, so kann „er dieses hernachmals annoch vorstellen, und die Theilung „rechtmäßig einrichten, oder dasjenige, so in der Theilung „vergessen worden, annoch einbringen lassen."

§ 293.

Personen, unter welchen die Erbtheilung stattfindet.

Im Allgemeinen findet die Erbtheilung unter den Miterben statt, also sowohl unter Testaments= als Intestaterben, und unter diesen wieder in ihrem Verhältniß zu den Fideicommissaren, Legataren und Substituten, zur Ermittlung des Pflichttheiles, zur Beurtheilung des Anwachsungsrechtes, und zur Berechnung der Quarta Falcidia und Trebelliana.

Eine hauptsächliche, und wegen ihrer besonderen Eigenthümlichkeiten schwierige Gattung der Theilungen bildet die Auseinandersetzung der ehlichen Güter, wobei hauptsächlich die Lehren der Tit. III., IV., VII. und VI. des M. L. R. in Frage kommen, und welche daher in Tit. VI. §§ 147. 148. 153. behandelt wurde.

Der gesetzlich vorgezeichnete Weg zur Ermittlung des jedem Interessenten aus einem Nachlasse gebührenden Theiles ist die Erbtheilung. Das M. L. R. hat in diesem Titel im Allgemeinen seine Grundsätze niedergelegt, welche es für die gerichtliche Behandlung der Verlassenschaften auszusprechen für nöthig erachtete, und bestimmt zunächst in § 1 die Fälle, in welchen gerichtliche Einmischung stattfinden muß, nämlich wenn Minderjährige und Abwesende betheiligt sind. Aus dem gemeinen Rechte ist hierher zu erwähnen, daß durch den Erbschaftsantritt unter mehreren Miterben von selst eine zufällige Gemeinschaft (communio incidens) eintritt mit ideellen Antheilen der Einzelnen am Ganzen im Verhältnisse der Größe ihrer Erbrechte. Da keiner dieser Mitberechtigten verbunden ist, in dieser Gemeinschaft zu verharren, so kann sie entweder durch freiwilliges Uebereinkommen, oder durch Angehung des Richters gelöst werden. Bei Betheiligung von Minderjährigen und Abwesenden macht es jedoch das Gesetz Tit. XVI. § 1 den Gerichten zur Pflicht, diese Lösung durch Theilung zu bewirken. Hauptzweck einer solchen gerichtlichen Einschreitung (Verlassenschaftsbehandlung) ist also die Erbtheilung in einer formell und materiell den Gesetzen entsprechenden Weise, wobei sich von selbst versteht, daß dieser Thätigkeit die Ermittlung der Masse und die Feststellung der Erben vorausgehen muß, weil nur dann bemessen werden kann, was und an wen zu vertheilen ist. Da übrigens im gegebenen Falle curatelmäßige Personen betheiligt sind, ergibt sich auch die Pflicht der Behörden, daß bis zur vollzogenen Theilung resp. Zuweisung der Erbtheile die Nachlaßmasse möglichst erhalten werde. Außer diesen Fällen ist es zunächst Pflicht der Erben selbst, die mit dem Nachlaß verknüpften Verbindlichkeiten zu lösen, weil sie durch den Antritt nicht blos die Rechte, sondern auch die Pflichten des Erblassers übernommen haben.

§ 294.

Gegenstand der Theilung ist das Aktiv= und Passiv=Vermögen des Verstorbenen.

Die Erbtheilung umfaßt mithin die genaue Erhebung des Aktivstandes durch Inventar (§ 147—148), die des Passivstandes durch Vorladung und Liquidation der Gläubiger, und die Erhebung der Conferendenposten, wobei jeder einzelne Erbe, welcher etwas bereits Empfangenes

beitragen muß, als Schuldner der ganzen Masse, und jeder Miterbe als sein Gläubiger in Betracht kommt.

Erst aus einer genauen Kenntniß dieser Faktoren läßt sich der Bestand der reinen zur Vertheilung kommenden Erbschaft in einer Werthssumme angeben, sich nach dem Verhältniß der zusammentreffenden Erben und ihrer Erbrechte nach Portionen vertheilen, und jedem Einzelnen sein Vorempfang als Schuld, das Uebrige dagegen, was ihm noch fehlt, als Guthaben aus der noch vorhandenen Aktivmasse aufrechnen.

Erst wenn alle diese Vorpunkte bekannt sind, lassen sich die Intestatportion des Notherben und daraus sein Pflichttheil, der Zuwachs eines ausgefallenen Erbtheiles für die übrigen Erben, die dem Erben gebührende Quart 2c. 2c. bemessen.

§ 295.

Vom Verfahren bei der Theilung.

Wenn alle Theilungsberechtigte anwesend sind, und über ihre Rechte frei verfügen können (also Abwesende und Minderjährige ausgenommen), ist die Theilung keinen besonderen Förmlichkeiten nothwendig unterworfen, und sie kann in jeder Weise und in jedem Akte geschehen, welcher den Interessenten passend erscheint, sobald alle Betheiligte damit einverstanden sind. Die gerichtliche Auseinandersetzung der Verlassenschaften, wobei nur Großjährige und Anwesende betheiligt sind, ist hiernach nicht absolut geboten, allein die Gerichte, welchen die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit obliegt, können sich dieser Arbeit nicht entschlagen, wenn von dem einen oder anderen Erbinteressenten die gerichtliche Beschäftigung verlangt wird; sie können dieses um so weniger, wenn die Ausmittlung des auszuliefernden Vermögens nur auf Grund eines genauen Inventars geschehen kann, solche Inventare aber, wenn mehrere Ehen in Mitte liegen, bekanntlich mit manchen Verwicklungen und Schwierigkeiten verbunden sind, und überdieß das zu errichtende Inventar als Fortsetzung des gerichtlich errichteten ersten Eheinventars zu betrachten ist. Wenn das M. L. R. Tit. XVI. § 1 ausspricht, daß Erb- und andere Theilungen, wenn Minderjährige und Abwesende betheiligt sind, gerichtlich vorgenommen werden sollen, so kann die Anordnung nur als vom Standpunkte der Obercuratel gegeben erachtet werden, und es ist damit keineswegs festgestellt, daß andernfalls gerichtliche Behandlung nicht eintreten dürfe. Die Praxis hat dieses in vielen Fällen so aufgefaßt (A. G. E. vom 3. August 1854, Nr. 308), ohne daß jedoch daraus die Pflicht der Verlassenschaftsbehörden oder deren Berechtigung zu einer weitergehenden Vermögensverwaltung für selbstständige Erben gefolgert werden könnte, da ihre Thätigkeit immer mit der Einweisung der Erben sich schließen muß.

Wenn aber auch nur ein Theilungsberechtigter [1]) minderjährig oder abwesend ist, dann kann die Theilung — wenigstens endgültig — nur gerichtlich unter Beobachtung nachstehender Regeln geschehen.

---

[1]) Ist jedoch von den Eltern durch Testament oder Vertrag eine vollständige Theilung unter ihren Kindern vorgenommen (§ 207 ff.), dann hätte eine weitere gerichtliche Behandlung des elterlichen Nachlasses für minderjährige Kinder keinen Sinn, weil ja das, was dadurch bewirkt werden soll, durch die elterliche Theilung

1) Zuförderst ist der Nachlaß mit Siegeln zu belegen, was sonst immer in das Belieben gestellt ist [1]). Die Anlegung der Siegel kann sowohl von den Erben, als von jedem Gläubiger nachgesucht, aber auch von Amtswegen verfügt werden.

2) Das Gericht, von welchem die Theilung vorgenommen werden muß, ist jenes des Ortes der Erbschaftseröffnung [2]). Was das M. L. R. in § 1 u. 7 bezüglich der dabei mitwirkenden Schöffen und Gerichtsschreiber anführt, ist natürlich seit Einführung neuer Organisationen der Untergerichte veraltet. (Vergl. § 192 not.*).

3) Zu allen Geschäften der Theilung nach Anlegung der Siegel, als provisorischer Maßregel, sind sämmtliche Interessenten beizuladen. Für die nicht Erscheinenden ist ein Vertreter aufzustellen, und namentlich für die unbekannt wo Abwesenden und für alle Minderjährigen ein Curator förmlich zu verpflichten. (M. L. R. Tit. XVI. § 4 [3]). — Erk. des Rev.-G. vom 4. September 1776, J. S. Straub gegen Förg.) Es genügt also nicht die Ladung der Betheiligten, und der Nachweis über die Zustellung derselben, sondern es muß absolut eine Vertretung jedes Betheiligten bei der Theilung stattfinden; es kann daher auch mit der Ladung nicht der Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit Erinnerungen angedroht werden, welche überdieß nach § 13 in jedem Stadium der Theilung geltend gemacht werden können.

4) Bei Abnahme der Siegel ist das Inventar zu errichten (vergl. § 147. 148), welches die Grundlage jeder Theilung bildet, weil sich daraus die Größe und der wirkliche Aktivstand des Nachlasses an liegenden Gütern, Fahrnissen und Schuldforderungen gestaltet.

---

schon geschehen ist. Es hat dann blos die Vormundschaft zu prüfen, ob die Curanden durch die elterliche Theilung im Pflichttheile verkürzt sind, und darnach ihre Erklärungen auf Errichtung eines Inventars (§ 287. 291) oder Ausschlagung der Erbschaft zu bemessen. (§ 127 nr. 12.)

[1]) Wird die Anlegung der Siegel da, wo dieses geschehen soll, unterlassen, so folgt daraus nicht, daß das Inventar und die darauf begründete Theilung nichtig seien; es entsteht nur aus dem Abgang der Versieglung gegen die anwesenden Erben eine Vermuthung von Fahrlässigkeit, welche eine Unterschlagung und Verheimlichung von Erbschaftsstücken, die man ihnen allenfalls zur Last legt, wahrscheinlicher macht.

[2]) An dasselbe Gericht gehören die Klage auf Theilung, und die Streitigkeiten, welche im Verlauf dieses Geschäftes entstehen. Ist die Theilung vollzogen, dabei aber bestimmt worden, daß ein Objekt noch ferner in Gemeinschaft besessen werden soll, und es will einer der Miteigenthümer dasselbe später versteigern lassen, so kann er diese Versteigerung auch bei dem Gerichte der gelegenen Sache betreiben, ohne daß er seine Klage bei dem Verlassenschaftsgericht vorher anzubringen nöthig hätte, denn nach l. 20 § 4 D. (10. 2) kann die Erbtheilungsklage nur einmal angestellt werden, weil durch diese Klage die Gemeinschaft aufhört; die Klage gegen die Erben zusammen gehört vor das Verlassenschaftsgericht, die Klage gegen einen Erben vor den natürlichen Richter desselben, wenn nicht eine gemeinsame Ersatzpflicht aller Erben darin verborgen ist.

[3]) Diese Bestimmung des M. L. R. harmonirt mit der gemeinrechtlichen Annahme, daß der Abwesende, wenn die Erbtheilung unangefochten bleiben soll, soferne man seinen Aufenthalt weiß, besonders zu dem Theilungsgeschäfte geladen werden soll, entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten dabei zu erscheinen; daß aber, wenn dessen Aufenthalt unbekannt ist, und auch durch Ediktsladung nicht ermittelt werden kann, dem Abwesenden ein Curator aufzustellen ist. Hat dieser in die Theilung und Veräußerung gewilligt, so ist sie auch in Ansehung des Abwesenden für rechtsbeständig zu halten. Gegen Verletzungen bleibt demselben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorbehalten. (Glück, Com. Bd. 11 S. 28. 29.)

Zur Herstellung dieses Standes ist die Inventur mit der in ihr begriffenen Befugniß des Notares zur selbstthätigen Forschung nach Aktiven der geeignetste Weg. Ein vorzügliches Interesse, den Aktivstand zu erhöhen, hat dem Testamentserben gegenüber namentlich der auf den Pflichttheil Gesetzte, weil dessen Erbportion aus dem in gehöriger Form dargelegten Aktivstand berechnet wird, während der Testamentserbe den Rest des Nachlasses für sich einzieht, und es daher in Ansehung des Testamentserben gleichgültig bleibt, ob dieser Rest in seiner ganzen Größe bekannt ist, oder nicht, oder später erst dem Erben zur Kenntniß gelangt. Für den Pflichttheilsberechtigten vertritt daher ein möglichst genaues Inventar auch die Stelle des ihm im Prozeßwege etwa zufallenden Beweises, daß sein Miterbe auch von seinem Erbtheile aus der Erbschaft etwas genommen habe. (l. 3 C. [3. 36].)

Die Beschreibung der Liegenschaften und Mobilien soll im Inventare einzeln und mit genauer Bezeichnung geschehen (Tit. XVI. § 9—11), und deren Schätzung durch gerichtlich ernannte, handtreulich oder eidlich verpflichtete Sachverständige zum wahren landläufigen Werth geschehen [1]). Bezüglich der Liegenschaften ist zwar eine solche Schätzung nicht ausdrücklich vorgeschrieben, vielleicht aus einem Versehen, vielleicht weil die beste Ermittlung des Werthes der Aktivmasse überhaupt durch öffentliche Versteigerung erzielt wird. Allein die Praxis hat die Schätzung stets auch auf Liegenschaften angewendet. Bei dieser Schätzung ist möglichst Rücksicht auf die Theilbarkeit der Güter zu nehmen (Tit. XVI. § 2), um ihre Theilung desto leichter entwerfen zu können.

5) Eine weitere Aufgabe der Feststellung der Nachlaßmasse ist die Ermittlung des Passivstandes, daher schon im Inventar die bekannten Schulden aufzuzeichnen sind. Nebstdem bedarf es dazu aber einer öffentlichen Ladung der Gläubiger (§ 291) zur Anmeldung ihrer Forderungen, wobei der Rechtsnachtheil angedroht werden muß, daß den sich nicht meldenden Gläubigern ihr Recht gegen die einzelnen Erben vorbehalten, und bei Vertheilung der Masse auf die unbekannten Gläubiger keine Rücksicht genommen werden soll. Eine Wirkung der Betreffs einer anzutretenden Erbschaft erlassenen Gläubigerladung besteht, weil der Erbe den Gläubigern nicht über die Aktivmasse haftet, darin, daß die angedrohte Nichtbeachtung eines Gläubigers wegen unterlassener Anmeldung seiner Forderung, ihm auch bezüglich der Geltendmachung seiner Forderung gegen die einzelnen Erben schädlich werden kann, falls durch die Ansprüche der übrigen Gläubiger der Nachlaß erschöpft wird. Die Miterben sind ohne diese Maßregel nicht in der Lage, den Schuldenstand kennen zu lernen, da sich die Beweismittel der Forderungen in den Händen der Gläubiger befinden.

Widersprochene Forderungen müssen erst im Prozeßwege liquid gestellt werden, bis dahin ist mit der Theilung einzuhalten, und die Gläubiger sind berechtigt, für Befriedigung ihrer Forderungen vor dem Civilrichter aus der Masse Sicherheit zu fordern, weil der Massengläubiger nicht verbunden ist, sich einen anderen Schuldner aufdringen zu lassen.

6) Die Errichtung eines Inventares ist zwar in Tit. XVI. § 8 nur bezüglich der Beerbung der Eltern und Kinder erwähnt, allein diese

---

[1]) Hat der Erblasser in seinem Testamente den Werth seiner Nachlaßgegenstände selbst angegeben, so müssen sich die Erben diese Schätzung gefallen lassen, so lange nicht Pflichttheilrechte dadurch verletzt werden.

Bestimmung sammt der sich daran knüpfenden Vorschrift, daß die Inventare behufs ihrer Glaubwürdigkeit und Vollständigkeit durch den Manifestationseid[1]) zu bekräftigen sind, muß nach dem Marginale auf alle andere Theilungen angewendet werden, da auch bei diesen derselbe Grund für Herstellung eines Nachlaßverzeichnisses, und feierliche Bestätigung der zum Inventar gemachten Angaben besteht. Dieser Grund liegt nämlich keineswegs blos in der Sorge für das Wohl der Minderjährigen, obgleich hiedurch die gerichtliche Einschreitung überhaupt (M. L. R. Tit. XVI. § 1) bedingt ist, sondern vielmehr in der für die Vollständigkeit des Inventars nöthig erachteten Garantie, welche in der handtreulichen und resp. eidlichen Erklärung (Manifestation) der Besitzer und Verwahrer der Nachlaßmasse gefunden wird, daß von ihnen Alles ohne arglistige Verschweigung zum Inventare angegeben worden sei, und daß sie vergessene und später noch vorfindliche Gegenstände anzeigen werden. Da nun eine solche Garantie schon nöthig befunden wird, wenn Eltern ihren Kindern gegenüberstehen, so kann wohl kein Zweifel sein, daß diese Garantie um so mehr gefordert werden kann, wenn es sich um Theilung und Aushändigung einer Masse an Fremde handelt. Zur Begründung der Klage auf Manifestation ist weiter nichts erforderlich, als die Behauptung der bis zum Tode fortgeführten gemeinsamen Haushaltung und der weiteren Verwahrung und Innehabung der Masse durch die Beklagten, weil hiedurch hinreichend dargelegt ist, daß die Beklagten solche Personen seien, welchen das Gesetz jene Garantieleistung für die Richtigkeit ihrer Angaben auferlegt. Diese Manifestation kann zu allen Zeiten gefordert werden, und es ist auch nicht gerade die ehliche, sondern nur die häusliche Gemeinschaft der in Anspruch genommenen Personen mit dem Erblasser erforderlich. (A. G. E. vom 18. November 1861, Nr. 5963[2]).

Mit dem Manifestationseide ist der Vermögensnachlaß zu specificiren, wie er zur Zeit des Todes vorhanden war (§ 143), d. h. es muß bei der Abtheilung einer ehlichen Gemeinschaft das vorräthige und abgängige Einbringen beider Eheleute, sowie das während der Ehe erworbene Vermögen eidlich angegeben werden; denn nur durch die Zusammenstellung und gegenseitige Ausgleichung dieser verschiedenen Vermögensbestandtheile ergibt sich der reine Betrag des Nachlasses und zugleich dem Richter eine Grundlage der Eidesabnahme. (Vergl. § 153.) — A. G. E. vom 28. März 1859, Nr. 3944. Nur wenn wegen Ablaufes einer

---

[1]) Nach dem bayr. Stempel-Mandat vom 18. Dezember 1812 lit. h. kann die Ableistung des Manifestationseides über die Größe des Nachlasses auch dann von den Erben verlangt werden, wenn die Berechnung des Erbschaftsstempels auf andere Weise mit Sicherheit nicht zu ermitteln ist.

[2]) Der Einwand, daß der hinterlassene Ehegatte zur Manifestation nicht verbunden sei, weil er zur Vermögensverwaltung um so mehr ein unbestrittenes Recht habe, als ihm sogar an einem Theile des Vermögens, nämlich an der Errungenschaft, gleiche Eigenthumsrechte mit den Verstorbenen zustehen, und daher der zur Manifestation erforderliche Begriff der Einmischung in fremde Sachen ganz ausgeschlossen sei, kann keine Berücksichtigung finden, denn weder nach gemeinem Rechte noch nach M. L. R. ist eine Bescheinigung der Verdachtsgründe wegen Veruntreuung erforderlich, um den Inhaber des Vermögens (was gewiß auch der hinterlassene Gatte ist) wegen Manifestation belangen zu können. Alle in Tit. XVI. § 8 benannten Personen haben die gesetzliche Vermuthung der Veruntreuung gegen sich. Das Verlangen ist begründet, sobald die Antragsteller an der Erbschaft interessirt sind, und der Antrag des Einen kommt auch den Uebrigen zu statten.

längeren Zeit seit dem Tode des Erblassers die Errichtung eines Inventares nicht mehr möglich ist, d. h. wenn durch Anschauung der Vermögensstand zur Zeit des Todes nicht mehr mit Verlässigkeit erhoben werden kann, tritt an die Stelle des Inventares die beeidigte Angabe des Aktiv- und Passivstandes zu jener Zeit. (M. L. R. Tit. XVI. § 12.) Weigert sich der zur Herausgabe des Nachlasses Verpflichtete, diesen Nachlaß zu inventiren oder zu manifestiren, so kann der zur Forderung einer Inventur Berechtigte die Größe seines Anspruchs durch einen Eid selbst bestimmen, wobei jedoch der Richter diese Schätzung unter Umständen ermäßigen darf. (A. G. E. vom 20. Februar 1843, Nr. 2323.) Auch wenn das Erbrecht selbst streitig ist, kann von dem Prätendenten die Errichtung eines Inventares verlangt werden, weil es sich um wenn auch nur eventuelle Ansprüche handelt. (Erk. des Rev.-G. vom 5. März 1803, J. S. Pabst gegen Ott.)

7) Handelt es sich um eine Beanstandung der Pflicht zur Theilung, so ist diese Vorfrage auf dem Rechtswege auszutragen [1]), denn durch diese Beanstandung ist die Rechtsgültigkeit der Abtheilung in Frage gestellt. (Vergl. Tit. XVI. § 7.)

Auch die elterliche Theilung ist daher, soweit sie dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört, bei dem Einspruch der Eltern oder Kinder zu sistiren, und vor dem Vollzug derselben müssen die über ihre Zulässigkeit, oder (wenn sie bereits gepflogen wurde) über ihre Gültigkeit erhobenen Anstände rechtlich ausgetragen werden.

Die Vorsetzung einer ausschließenden Frist zur Vorbringung von Einreden gegen die Abtheilung würde zu keinem Resultate führen, da solche von den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht beschieden werden können. Zur Anerkennung des Abtheilungsstandes kann jedoch eine solche Frist unter dem Rechtsnachtheile vorgesetzt werden, daß nach deren unbenütztem Ablauf die Anerkennung angenommen würde. Es sind indeß in dem gegebenen Falle nicht diejenigen Betheiligten, welche auf der Abtheilung bestehen, auf den Rechtsweg zu verweisen, sondern jene, welche die Abtheilung anfechten wollen, und es erwächst auch hiedurch dem Gegentheil kein Schaden, weil er, soferne der Widerspruch nicht rechtzeitig klagend geltend gemacht werden sollte, zur Klage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens auffordern (provociren) kann.

§ 296.

Von der Abtheilung selbst.

I. Sind die Materialien der Theilung durch das Inventar gesammelt, etwaige Einsprüche dagegen durch definitive richterliche Entscheidungen beseitigt, und auf diese Weise die Grundlagen der Abtheilung

---

[1]) Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß niemand gezwungen werden kann in einer Gemeinschaft zu bleiben (die ehliche Gemeinschaft ausgenommen), daß man daher jederzeit auf Theilung antragen darf, aller dawider eingegangenen Verträge ungehindert. Es ist dieses Folge des gemeinen Rechtes (l. 26 D. [12. 6]), wonach niemand gegen seinen Willen zu einer Gemeinschaft gezwungen werden kann, ein Grundsatz, nach welchem in der Praxis jeder Vertrag, wodurch man auf die Theilung Verzicht leistete, ja sogar jedes vom Testator geschehene Verbot zur Theilung zu schreiten, für nichtig und kraftlos angesehen wird.

gefunden, so sind die Ansprüche zu untersuchen, welche den einzelnen Prätendenten an das zu theilende Vermögen zustehen. (Vergl. § 149—152.) Diese einzelnen Prätendenten können sein: a) die Kinder rücksichtlich ihres (wenn gleich der Nutznießung nach unterworfenen) Vater= oder Muttergutes, b) der überlebende Gatte rücksichtlich seines Zubringens und Errungenschaftsantheiles, c) die sonstigen Erben des verstorbenen Gatten (außer den Kindern), d) das ehliche Gesellschaftsvermögen in Bezug auf das von ihm erworbene Vermögen und seine Gläubiger. Da das beigebrachte Vermögen nach dem Zustande zur Zeit des Einbringens in Ansatz zu bringen ist, so wird der gegenwärtige Zustand und Werth damit verglichen, und die Veränderungen, welche sich mit dem gedachten Vermögen während der Ehe oder während des Nutzgenusses ergeben haben, werden als Ersatz= oder Compensationsposten in Ansatz gebracht. (§ 150—152.) Hiebei kommen die Hauptrechtssätze zur Anwendung, daß zufällige Verminderungen, sowie zufällige Vermehrungen des Werthes dem Eigenthümer, sowie jene Veränderungen, welche in der Absicht oder Nachlässigkeit des Besitzers (der Gemeinschaft oder des einen oder anderen Gatten) ihren Grund haben, demjenigen zur Last oder zu gut zu schreiben seien, welcher diese Werthsveränderungen herbeigeführt hat, e) die Ansprüche der Testamentserben, der Vermächtnißnehmer nebst ihrem Anwachsungsrecht, f) die Ansprüche der Substituirten, g) die Ansprüche der Pflichttheilsberechtigten, h) die Forderungen wegen Vorausempfangenem (Collationspflicht).

II. Eine Untersuchung der einzelnen Erbschaftsgüter bezüglich ihrer Erwerbung, sowie die Prüfung einzelner Ausgaben und Schulden, rücksichtlich ihrer Beziehungen zu ehlichen Zwecken kann in der Regel, und solange unterlassen werden, als nicht Einwände darauf begründet werden, weil man annehmen kann, daß schon durch das Resultat der Vergleichung der Summe des Beibringens mit dem gegenwärtigen Vermögensstand bestimmt werde, ob Errungenschaft oder Eheverlust vorhanden sei. Durch diese Berechnung ergibt sich sodann der Betrag der Verlassenschaftsmasse, welche Gegenstand des Erbrechtes ist.

III. Der Regel nach soll die Theilung sowohl bezüglich der Fahrnisse als Liegenschaften im Stück geschehen (§ 2 Tit. XVI. des M. L. R. § 4 J. [4. 17]), oder etwas Anderes von gleichem Werthe dagegen gegeben werden, wenn die Stücktheilung nicht möglich ist. Beide Theilarten sind Naturabtheilungen. Nach dieser Bestimmung des Gesetzes soll nur dann mittelst Veräußerung des Objektes die Theilung erfolgen, wenn die Naturaltheilung nicht füglich möglich ist. Es ist sofort Sache des auf Veräußerung dringenden Klägers, in der Klage oder Replik jene thatsächlichen Momente umständlich darzulegen, aus welchen die Unthunlichkeit der Theilung in der vom M. L. R. primär gesetzten Weise klar erkannt werden kann. (A. G. E. vom 28. März 1866 Nr. 939.) Diese Regel der Naturaltheilung kann Ausnahmen erleiden, a) bei den Fahrnissen, wenn von den Gläubigern Beschlag darauf gelegt ist, zu deren Zahlung die Baarmittel der Erbschaft unzureichend sind, und die Fahrnisse daher verkauft werden müssen, b) bei Liegenschaften, wenn anerkannt ist, daß die Theilung eines oder mehrerer Stücke nicht ohne bedeutende Entwerthung oder große Schwierigkeiten bei Entwerfung und im Genuß der zu machenden Abtheilungsloose geschehen kann. Dann müssen Fahrnisse und Liegenschaften unter Zulassung von Fremden „öffentlich“ (M. L. R. Tit. IX. § 8) von einem Notare

versteigert werden [1]). (Erk. des Rev.=G. vom 12. Juli 1779, J. S. Wailand gegen Escher. — A. G. E. vom 27. Januar 1830 Nr. 2040. — M. L. R. XVI. 1. XVIII. 1. Abs. 2.) Die Untheilbarkeit eines Gegenstandes ist auch dann anzunehmen, wenn er zwar unbeschadet seiner Brauchbarkeit getheilt, aber nicht in so viele Theile getheilt werden kann, als Berechtigte dazu vorhanden sind. Der eine oder andere Berechtigte kann in diesem Falle nicht verlangen, daß die anderen Berechtigten auf andere Weise abgefunden werden sollen, wenn sich nicht Alle Berechtigte über ein Theilungsmodus nach Loosen verständigen, wobei Stücke von gleichem Werthe dagegen gegeben werden können. (M. L. R. Tit. XVI. § 2.) Durch Berufung auf besondere Zeitverhältnisse und gegenwärtige Entwerthung eines Objektes kann der Verkauf einer untheilbaren Sache nicht hintertrieben werden, weil es jedem Interessenten gestattet ist, mitzubieten, und das Objekt für sich zu erwerben.

Wenn die Theilung nur Liegenschaften zum Gegenstande hat, und die Rechte der Betheiligten daran richtig gestellt sind, dann müssen die Sachverständigen, wenn sie die Theilung für möglich halten, die Loose entwerfen, und diese werden entweder vor Gericht oder vor dem Notar gezogen.

Wenn dagegen die Rechte der Betheiligten nicht richtig gestellt sind, oder dieselben gegen die Loose protestiren, dann verweist der Theilungsrichter nach Schätzung der Fahrnisse und Liegenschaften und nach Verkauf aller oder eines Theiles dieser Güter die Parteien zum Civilrichter zur Austragung ihrer Rechtsansprüche.

IV. Vor dem Notar kann erörtert werden: a) die Rechnungsablage, welche die Erbbetheiligten sich zu machen haben, b) die Festsetzung der Hauptmasse, welche umfaßt: alle Güter, die in der Erbschaft vorhanden sind, den Preis der verkauften Güter, und die Vergütung, welche die einzelnen Erben bei der Vertheilung in Natur zu leisten haben; c) die Vorausbezüge, welche einzelne Erben wegen der Conferendenposten anderer Erben zu erhalten haben. Diese Vorausbezüge sollen wo möglich in Sachen geschehen, welche von gleicher Beschaffenheit und Güte sind, wie jene Sachen, welche die Collationspflichtigen bereits erhalten haben, d) die Anfertigung so vieler gleicher Loose [2]) aus dem, was in der Masse bleibt, als mittheilende Köpfe oder Stämme vorhanden sind, soferne diese gleiche Rechte haben. Sind diese Rechte ungleich, dann hängt der einzuschlagende Weg von den Umständen ab.

Es soll in jedes Loos wo möglich die gleiche Menge Fahrnisse, Liegenschaften, Rechte und Forderungen von gleicher Art und von gleichem Werth aufgenommen, und dabei soviel möglich die Zerstücklung der Liegenschaften und von Gewerbsanlagen vermieden werden (l. 25. 41. D.

---

[1]) Diese Bestimmung ist aus l. 3 C. (3. 38) entnommen, wornach „auch fremde Käufer zum Bieten zuzulassen sind, namentlich wenn der eine von den Miteigenthümern bekennt, daß er zwar einen schlechter Bietenden mit seinem Gelde überbieten könne, aber nicht im Stande sei, den wahren Werth zu bieten."

[2]) Auch nach gemeinem Rechte (l. 3 pr. C. [6. 43]) hatte das Loos zu entscheiden, wenn mehrere Erbberechtigte sich über die Naturaltheilung nicht einigen konnten. Außerdem gebührt jedem Erben an jedem Erbschaftsstück sein ideeller Antheil. (l. 1 C. [3. 37]). Wenn aber die Naturaltheilung so schwierig ist, daß sie fast unmöglich zu sein scheint, kann nach römischem Rechte der Richter einem Erben allein Alles zuerkennen, und ihn zur Herauszahlung an die Uebrigen verurtheilen. (l. 55. D. [10. 2].)

[10. 2]), vorbehaltlich des Rechtes, die Ungleichheit der Loose im Stück durch Ergänzung oder Erbgleichstellung in Renten oder Geld zu beseitigen.

Endlich müssen die Loose gezogen werden, aber vor der Ziehung kann jeder Theilnehmer seine Einwendung gegen die Fertigung vorbringen.

Von dem Notar muß zur Gültigkeit der Handlung geschehen: a) die Inventarerrichtung und Liegenschaftsversteigerung, b) die Beurkundung einer Erbtheilung, durch welche die Grundstücke des Nachlasses unter die Erben vertheilt werden. Die Vertheilung kann zwar vom Gerichte geschehen, soll sie aber rechtswirksam und dadurch unwiderruflich werden, so müssen solche die Betheiligten nochmals vor einem Notar bekräftigen, oder wenigstens unter den Förmlichkeiten des art. 22 des bayr. Notariats-Gesetzes bei demselben die Urkunde hinterlegen. (Zink, Comm. S. 434.)

V. So oft Streitigkeiten bei den Geschäften entstehen, die vor den Notar verwiesen sind, nimmt dieser die Anstände und Bemerkungen der Parteien zu Protokoll (vergl. Tit. XVI. § 7) und verweist die Parteien vor den Theilungsrichter, dieser verweist sie, wenn es nicht gelingt, sie zu vergleichen, vor den Prozeßrichter.

VI. Zu diesen vom Richter auf Grund gestellter Erbtheilungsklage (actio familiae herciscundae) vollzogenen Theilungen gehören die vertragsmäßig entstandenen, nur gerichtlich bestätigten oder im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit amtlich behandelten Erbvertheilungen nicht. Die bayr. G. O. cap. XII. § 4 bestimmt, daß Kalkulfehler sogar noch nach dem Urtheile zur Berichtigung kommen mögen, und in § 15 nr. 20 wird statuirt, daß die Collation von jedem Interessenten selbst noch nach der Theilung verlangt werden könne, und daß die Einrede der Verjährung nur beschränkt Platz greife. Wenn daher eine Erbtheilung ohne Klage und Richterspruch nur im Vertragswege zu Stande gebracht, und dann verbrieft und bestätigt wurde, so können die Interessenten diesen Vertrag in einzelnen Posten anfechten, obwohl derselbe als ächt und im Allgemeinen als rechtsverbindlich zu erachten ist. (O. A. G. E. vom 10. Februar 1865 Nr. 153⁶³/₆₄.) Hiemit stimmt im Ganzen auch überein das M. L. R. Tit. XVI. § 13, die Praxis des M. L. R. nimmt jedoch an, daß, wenn innerhalb gerichtlich vorgesetzter Frist gegen einen Abtheilungsstand von Seite der Betheiligten keine Erinnerungen vorgebracht wurden, derselbe in Rechtskraft übergehe, und daß gegen eine vertragsmäßige Anerkennung nach Tit. XXXI. § 3 des M. L. R. auch die Einrede der Verletzung nicht zuläßig sei (Erk. des Rev.-G. vom 16. Juli 1763, J. S. Kämmerer gegen Frank Erben), obgleich ein solcher Status nicht als eine Entscheidung der Sache anzusehen ist, welche nur nach gehörig verhandelter Sache erfolgen könnte. Vor der Anerkennung ist der Status nichts als ein Entwurf, welcher jedoch durch Uebereinstimmung der Interessenten Gültigkeit erlangen kann und soll. (§.156) (A. G. E. vom 17. Februar 1843 Nr. 2940. — Erk. des Rev.-G. vom 15. Dezember 1780, J. S. Schlebusch gegen Ritter.)

VII. Sobald die Theilung geschehen ist, muß sie vollzogen werden. Der Vollzug besteht in der Auslieferung des Looses an den Berechtigten, welchem es zugefallen ist. Diese Uebergabe begreift die Behändigung der Rechtsurkunden in sich, die sich auf die Güter, welche dieses Loos bilden, beziehen, und welche eine Zubehör dieser Güter sind. Die Theilung macht die Theilhaber sich gegenseitig haftbar für die Störungen und Entwährungen (Evictionen), welche einem von ihnen aus einer der

Theilung vorhergehenden Ursache zugehen mögen. (l. 36 pr. C. [3. 28] M. L. R. Tit. XVI. § 3. — Vergl. § 242 I. a not.) Diese Gewähr haben aber die Erben den Legataren nicht zu leisten, und ebensowenig unter sich gegenseitig, wenn der Testator selbst die Vertheilung ohne Vorbehalt der Gewährschaft vorgenommen hat. (M. L. R. Tit. XXV. § 5.) Die Gewährschaft kann jedoch nicht auf alle Zeiten fortbestehen (wenn dieses nicht festgesetzt wurde), sondern sie wird entweder durch Interpellation von einer Seite, oder Nachlässigkeit und eigene Schuld von anderer Seite aufgehoben. (Erk. des Rev.-G., J. S. Horner gegen Müller vom 11. Juli 1795.) Die Vertheilung eines Verlustes geschieht nach Verhältniß des Erbtheiles des Betheiligten, solange die Gewährschaftspflicht dauert, und wenn einer der Erbtheilnehmer zahlungsunfähig ist, so wird der Theil, wofür der Zahlungsunfähige haftet, immer im Verhältniß zum Erbtheile der übrigen Zahlungsfähigen auf diese ausgeschlagen.

Die Theilungen können auch wegen Zwang und Betrug wieder umgestoßen werden.

Die Schulden der Masse treffen die Erben pro rata, und können gegen die Masse, solange diese unvertheilt ist, ganz, nach der Vertheilung gegen die Erben, welche angetreten haben, pro rata ihrer Erbtheile eingeklagt werden, jedoch unter den in § 298 gegebenen Modificationen.

§ 297.

Klagen wegen Erbtheilung.

1) Die Klage auf Nichtigkeit eines Testamentes und Herausgabe der Erbschaft ist die hereditatis petitio qualificata, und zielt nicht nur auf Anerkennung der Qualität als Erbe und Rescission des Testamentes, sondern auf Herausgabe der Erbschaft selbst; sie erlischt nach 30 Jahren. Die Herausgabe der Erbschaft mit Nutzungen ist bei der mala fides des Besitzers auch nach Landrecht Tit. XXXII. § 2 begründet. (A. G. E. vom 21. Juni 1841 Nr. 2930.)

2) Wegen übersehener Erbschaftsobjekte, welche nicht zur Theilung gebracht wurden, findet nur die Theilungsklage (actio communi dividundo) statt, es gehört dazu die Angabe der einzelnen Sache, welche getheilt, und der einzelnen Verbindlichkeiten, welche ausgeglichen werden sollen. Sie erlischt nach 30 Jahren bezüglich jener Gegenstände, welche sich ein Theil gegen den andern ausschließlich angemaßt hat. (Vergl. not. 1 S. 640.)

3) Handelt es sich aber um die Feststellung des Betrages, welcher von mehreren Miterben einem Einzigen, oder Allen zukommt, oder fragt es sich bei der Abtheilung einer Errungenschaftsgemeinschaft darum, was dem einen oder anderen Gatten resp. den Erben des Verstorbenen gebührt, so ist es klar, daß der Kläger eine bestimmte Summe aus dem Nachlaß oder von dem Ehevermögen für sich nicht in Anspruch nehmen, und seine Forderung nicht begründen kann, bevor die Aktiv- und Passivmasse des Nachlaß- oder Ehevermögens erhoben, und die darauf ruhenden Verpflichtungen in Ansehung der Miterben, Fideicommissare, der Errungenschaftsgesellschaft rc. rücksichtlich des Ehe-Erwerbes oder Ehe-Verlustes [1]) durch eine gehörige Inventur und Abtheilung erörtert sind.

---

[1]) Daß der überlebende Gatte als Nutznießer und Verwalter des Vermögens seiner Ehekinder, aber auch bezüglich seiner Ansprüche auf Illat und Errungenschaftsantheil die Theilung verlangen kann, unterliegt keinem Bedenken. (A. G. E. vom 28. März 1866 Nr. 939.)

Das passende Rechtsmittel ist bei Erbschaftstheilungen die aus dem gemeinen Rechte (D. [10. 2] C. [3. 36] C. [3. 38]) stammende actio familiae herciscundae, welche gegen jenen Miterben gerichtet wird, welcher zwar den Kläger als Erben anerkennt, aber den demselben als Erben zukommenden Ansprüchen auf Rechnungsablage, Theilung rc. nicht Genüge leisten will [1]). Ist es im Voraus nicht gewiß, daß der Beklagte den Kläger als Miterben anerkenne, so muß die Klage auch hierauf gerichtet, resp. die hereditatis petitio partiaria damit verbunden werden.

Bei Abtheilungen des Ehevermögens wegen einer Ehescheidung ist das passende Rechtsmittel die Gesellschafts-Theilungsklage (actio communi dividundo), weil bei der Ehegesellschaft jeder Ehegenosse mit seinen eigenen Geschäften zugleich die des anderen Ehegenossen besorgt hat.

Beide Arten von Klagen sind sogenannte judicia duplicia [2]), weil beide Parteien gegenseitig von einander Rechnungsstellung und Schadensersatz fordern können. Auch in dem Falle ist jeder Theil Kläger und Beklagter, wenn jeder etwas von der zu theilenden Masse in Händen hat, und dieses zu theilen verweigert.

Beide Arten von Klagen können a) die Theilungsverbindlichkeit, b) den Theilungsmaßstab, und die Art der Vertheilung, c) Berechnung und Ersatz der von einem Mitbetheiligten gezogenen Nutzungen, d) Ersatz des von einem Mitbetheiligten verursachten Schadens, e) Erstattung der zum Besten der gemeinschaftlichen Sache aufgewendeten Unkosten betreffen. Uebereinstimmend sind ferner beide Klagen darin, daß sie in ein Vorverfahren und im zweiten Stadium in das eigentliche contradictorische Verfahren zerfallen. Das erstere beschäftigt sich damit, die Materialien, welche zur Theilung gehören, zu sammeln, also insbesondere eine genaue und vollständige Beschreibung der zu theilenden Sache — ein Inventar — aufzustellen, und die streitigen Punkte durch einen arbiter familiae herciscundae bezeichnen zu lassen, welche Obliegenheit dem Notar zugewiesen ist. Hiedurch wird eine Ausscheidung der Streitfragen bewirkt, und es bleibt den Betheiligten vorbehalten, den Theilungsplan in jenen Punkten anzufechten, in welchen sie sich dadurch beschwert erachten.

Im Vorverfahren ist daher vom Richter nur die Frage zu entscheiden, ob Theilung stattzufinden hat, und damit ist die Weisung zu

---

[1]) Aus dem Grunde, daß die Miterben 30 Jahre lang im ungetheilten Genusse waren, verjährt die Erbtheilungsklage nicht gegen denjenigen, welcher sie anstellen will, sie ist vielmehr unverjährbar, denn hätte die Gemeinschaft auch noch so lange gedauert, so steht es doch jedem Mitbesitzer frei, ihr ein Ende zu machen, und auf Theilung zu klagen. War hingegen Einer, oder waren mehrere Miterben allein 30 Jahre lang im Genusse der Erbschaft mit Ausschließung der Uebrigen, z. B. der Abwesenden, so sind die letzteren nicht mehr berechtigt, auf Theilung anzutragen, weil nun ihr Antheil selbst an dem Eigenthume verjährt sein würde. Gesetzt aber, jeder der Miterben wäre 10 Jahre lang in dem abgesonderten Genusse eines dem Anscheine nach gleichen Theiles des Vermögens gewesen, so kann einer oder mehrere von ihnen keine Theilung mehr verlangen, da nach einer solchen Zeit die Vermuthung eintritt, daß eine Theilung stattgehabt habe, und folglich die Miterben nicht gezwungen werden können, eine neue Theilung einzugehen. (l. 12. C. [3. 36].)

[2]) (l. 2. § 3 D. [10. 2], l. 13. 14 D. [5. 1].) Der Umstand, welcher von den Miterben die Klage erhebt, ist zufällig, es soll dadurch der Zweck der Klage, nämlich die Interessen aller Miterben zu erledigen, nicht verändert werden, es liegt vielmehr jedem Miterben ob, zur Sammlung der Materialien der Erbtheilung gemeinsam beizutragen, jeder soll sich in der gleichen Lage befinden, eine Verurtheilung oder einen Sieg am Schlusse des Verfahrens anzunehmen. (Bl. f. R. A. Bd. 21 S.35.)

verbinden, daß sie auf die in diesem Titel beschriebene Weise vollzogen werde. Die Einwände gegen die Richtigkeit des Theilungsplanes sind dann auf den Rechtsweg zu verweisen.

Auf einem anderen, von der Praxis hie und da eingeschlagenen Weg (§ 156) müßten im Beweisstadium alle die Fragen zur Erörterung gebracht werden, welche z. B. bei der in Tit. III. § 1 des M. L. R. vorgeschriebenen Abtheilung einer Ehe über Errungenschaft, Zubringen, Eheschulden entstehen können, und es genügt ein Blick auf die Auseinandersetzungen verschiedener Ehevermögen (§ 157), daß sich daraus ein schwer und nur mit vielen Kosten und Zeitversäumniß entwirrbarer Knoten möglicherweise schürzen kann. (O. A. G. E. vom 22. Oktober 1855 Nr. 939⁵³/₅₄. — G. O. XVIII. § 1 Anm. lit. f.)

Verlangen z. B. die Erben eines kinderlos verstorbenen Gatten dessen hinterlassenes Vermögen zurück, oder auch nur dessen Zubringen ohne den demselben gesetzlich gebührenden Errungenschaftsantheil, so ist schon bei Stellung der Klage [1]) mit Sicherheit vorauszusehen, daß die Größe der Forderung nicht bestimmt angegeben sein kann, weil das Zubringen nach den Bestimmungen des Tit. IV. des M. L. R. alsbald nach Beginn der ehlichen Haushaltung Fluctuationen unterworfen ist. Wenn nun auch allerdings den klagenden Erben des verstorbenen Gatten nicht zugemuthet werden kann, zur Begründung ihrer Ansprüche eine förmliche Abtheilung des Ehevermögens dem Richter vorzulegen, weil ihnen der Einblick in die ehlichen Vermögensverhältnisse fehlt, so ist nichtsdestoweniger ihre Forderung auf Rückgabe des Zubringens ihres Erblassers mangelhaft begründet, weil sie ebensowenig darthun können, daß und warum nach Trennung der Ehe jenes Zubringen noch vorhanden sei, und der überlebende Gatte als Inhaber des Gesammtvermögens dieses Zubringen, und in welchem Betrage er solches zurückerstatten müsse. (§ 69.)

Dagegen ist das Verlangen, daß das gesammte ehliche Vermögen einer Abtheilung unterworfen werde, nach Tit. III. § 1. des M. L. R. um so mehr begründet, als ja doch immerhin im Beweisverfahren eine solche Abtheilung, aber freilich auf einem weit umständlicheren Wege, erörtert werden muß. Ueberhaupt können auch die Erben eines Gatten nach Tit. IV. des M. L. R., nachdem alle Schulden, welche während

---

[1]) Nach der bayr. G. O. cap. IV. § 7 nr. 2—5 soll bei jeder Klage die Geschichte mit Anführung aller erforderlichen Umstände, mit causa petendi et medium concludendi vorgetragen werden, so daß aus der Klagbitte ermessen werden könne, was, wie viel, und von welcher Gattung die geforderte Sache sei. Als Ausnahme werden in den Anmerkungen lit. d. die sog. actiones generales, z. B. Erbschafts-, Vormundschafts-, Societäts-, Verwaltungsklagen aufgeführt. Diese Beschränkung geht aus der Natur des denselben zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses hervor, sie sind nicht auf bestimmte einzelne Objekte gerichtet, deren nähere Angabe dem Kläger in sehr vielen Fällen unmöglich wäre, namentlich, wenn der Beklagte ausschließlich die Vermögensverwaltung geführt hat, über welche er Rechnung zu legen verbunden ist. Der historische Grund einer solchen Klage besteht vielmehr darin, daß der Beklagte als Verwalter oder als Theilhaber ein fremdes oder gemeinschaftliches Vermögen inne gehabt habe, und das medium concludendi bildet die hiedurch begründete Verpflichtung zur Rechnungsstellung und Herausgabe des sich daraus für den Kläger feststellenden Guthabens.

Namentlich wird sich bei Trennung der Ehegenossenschaft erst aus den Liquidationsverhandlungen ergeben, ob ein zu theilender Ueberschuß vorhanden ist, in welcher Beziehung dann jedem Theil die seiner Zeit zu stellenden Anträge vorbehalten bleiben. (O. A. G. E. vom 29. November 1854 Nr. 1832.)

der Ehe von den Ehegatten gemacht werden, zwar vorerst aus der Errungenschaft, aber wenn diese nicht zureicht, aus dem beiderseitigen Einbringen zu bezahlen sind, vor Bezahlung der Schulden von einer Erbschaft nicht reden, und selbst die Gläubiger des Ehevermögens wären vollkommen berechtigt, sich der Herausgabe des Zubringens an die Erben zu widersetzen, bevor nicht die Verlassenschaft auf gehörige Weise regulirt, und nach etwa abgehaltener Schuldenliquidation festgestellt ist, in wie weit das Zubringen des verstorbenen Gatten durch die Ehegesellschaft verpflichtet wurde [1]). (O. A. G. E. vom 29. November 1854, Nr. 1832. — O. A. G. E. vom 22. Oktober 1855, Nr. 939 53/64.)

§ 297 a.

Berücksichtigung der Geistlichen.

Weltgeistliche sind nach M. L. R. Tit. XVI. § 6 vollständig erbfähig, und bei Erbtheilungen geradeso zu berücksichtigen wie alle sonstige Erben. Ordensgeistlichen dagegen kann zwar unter der Bedingung, daß sie wieder in den weltlichen Stand zurücktreten, in Testamenten vermacht werden (Erk. des Rev.-G. vom 24. März 1787,

---

1) Die Erbtheilungsklage (actio familiae herciscundae) bezweckt die Aufhebung der Erbgemeinschaft durch richterliche Theilung der Erbschaftssachen mittelst förmlichen Urtheils. Sie kann daher auch nur einmal angestellt werden. Jede andere Theilung ist für eine außergerichtliche rücksichtlich ihrer Wirkung und Rechtskraft zu erachten. (l. 1. 23 C. [3. 36], l. 26 C. [2. 3].) Sie ist eine actio arbitraria, wobei das Ermessen des Richters ins Spiel kommt, (l. 30. 47 pr., l. 52 § 2, l. 57 D. [10. 2]), wenn nicht etwa eigene Schiedsrichter zur Theilung aufgestellt wurden. Das Urtheil lautet auf Zusprechung einzelner Erbschaftssachen an die Miterben. (l. 12 § 2, l. 22 § 1, l. 44 § 1, l. 47. 52 § 2 D. [10. 2].) Voraussetzungen dieser Klage sind: 1) der Kläger und die Beklagten müssen Miterben desselben Nachlasses, und ihre Erbrechte bereits anerkannt sein. In der Anstellung der Klage liegt daher die Anerkennung der Erbrechte der Beklagten Seitens des Klägers (l. 51 § 1, l. 37 D. [10. 2]), 2) die Erbschaft muß in Sachen bestehen, weil Ausstände und Schulden der Erbschaft von selbst als getheilt zu betrachten sind (l. 25 § 1 D. [10. 2]), 3) der Kläger muß freie Verfügung über sein Vermögen haben, weil derselbe dadurch sein Miteigenthum am Ganzen gegen einen einzelnen Theil veräußert. (l. 7 p. D. [27. 9].) Für Bevormundete ist daher die Mitwirkung des Vormundes nothwendig, 4) da eine Sache unter die Miterben nicht getheilt werden kann, so lange es streitig ist, daß diese Sache zum Nachlaß gehört, kann auch diese Frage eigentlich nicht in die Theilungsklage hineingezogen werden. (l. 1 § 1 D. [10. 2], l. 18 D. [44. 1].) Die Praxis ist jedoch geneigt, die gleichzeitige Verhandlung zu gestatten, wenn damit keine Verwirrung in der Hauptsache entsteht (G. O. cap. 4 § 9), gleichwie sich auch unter derselben Voraussetzung die Erbschaftsklage (hereditatis petitio) damit verbinden läßt, falls der Beklagte in dem Kläger keinen Miterben erkennen will, und Kläger sofort den Beweis seines Erbrechtes übernehmen muß. (Vergl. bayr. Ldr. Thl. III. cap. 1 § 14 nr. 24. — Leyser, med. sp. 115. corol. 3.) 5) Die Abwesenheit eines Miterben hindert zwar die Theilung nicht, doch entzieht die Theilung dem Abwesenden nichts an seinen Rechten. (l. 17 C. [3. 36], 6) obwohl jeder Erbe die Theilung des Nachlasses ohne Angabe eines Grundes verlangen kann (l. 43 D. [10. 2]), so kann doch durch Vertrag oder Testament bestimmt werden, daß die Gemeinschaft eine bestimmte Zeit lang aufrecht erhalten werde (l. 14 § 2 D. [10. 3], l. 65 § 6 D. [17. 2]), aber nicht für immer (l. 70 D. [17. 2]), 7) Gegenstand der Erbtheilungsklage sind alle zum Nachlaß gehörigen Sachen und Rechte (z. B. Nutzgenuß, Retentionsrecht) nebst dem seit dem Erbanfall entstandenen Zuwachs. Ausgenommen ist Alles, was nicht conferirt zu werden braucht, dann schädliche oder schändliche Dinge, welche zu vernichten sind. (l. 4 § 1 D. [10. 2].) Ferner gehören dazu alle Leistungen, welche ein Erbe dem andern schuldig ist, z. B. wegen gezogener Nutzungen, wegen Verbesserungen, Kosten, Schäden. (l. 22 § 4 D. [10. 2], l. 19. 25 § 16 D. h. t., l. 18 § 1 C. [3. 36].)

J. S. Weiland gegen Steinbach), allein nach abgelegtem Profeß können sie ab intestato nicht mehr Erben sein, und über die Ausstattung keine sonstigen Ansprüche an das elterliche Vermögen erheben. (M. L. R. Tit. XVI. § 5. — Erk. des Rev.=G. vom 15. Dezember 1783, J. S. Heigemer gegen Halm.)

Ueber Verlassenschaften der Geistlichen vergl. § 298 a.)

§ 298.

Wirkungen der Erbtheilung und Testamentsvollstreckung.

I. Sowie sich mit Antretung einer Erbschaft die Persönlichkeit des Erblassers endigt, indem der Erbe an seine Stelle tritt, hört durch die Vertheilung der Erbschaft diese auf, ein Ganzes zu sein, indem die den Erben zugewiesenen Theile in deren Vermögen übergehen.

Bezüglich der zum Nachlasse gehörenden körperlichen Sachen unterliegt dieses keinen weiteren Schwierigkeiten, allein Aktiv= und Passivforderungen bedürfen gemeinrechtlich keiner Theilung, indem sie schon von selbst nach Verhältniß der Erbschaftsantheile getheilt erscheinen (l. 6 C. [3. 36]); „das was in Schuldforderungen besteht, läßt keine Theilung zu, da es von Rechtswegen auf die Erbtheile vertheilt ist."

Aktivforderungen können indeß nicht nur von den Erben selbst, sondern auch vom Theilungsrichter der Erbtheilung, resp. der Auflösung in kleinere Forderungen, entzogen, und dem einen oder anderen der Miterben ausschließend und in ihrer vollen Größe zugewiesen werden, in welchem Falle aber die Miterben ihre Ansprüche daran demjenigen, welchem die Forderung als Erbtheil überwiesen wurde, cediren müssen, damit dieser die ganze Forderung gegen den Schuldner geltend machen könne. (l. 2 § 5, l. 3 D. [10. 2].)

Bei Passivforderungen resp. bei Erbschaftsschulden aber sind die Gläubiger an deren Ueberweisung an einen einzelnen Miterben nicht gebunden, weil die Schuld ursprünglich auf dem ganzen Nachlasse haftete, und niemand schuldig ist, sich einen schlechteren Schuldner aufdringen zu lassen, was gewiß der Fall wäre, wenn anstatt des ganzen Nachlasses jetzt nur der Erwerber eines Theiles desselben (ein Miterbe) als pflichtig hingestellt würde. (Glück, Com. Bd. XI. S. 63.) Nicht einmal der Erblasser kann einen Gläubiger nöthigen, sich nur an einen Erben zu halten, es geschehe denn in Form eines Legates, welches der Gläubiger annimmt. (l. 20 § 5 D. [10. 2], l. 69 § 2 D. [30].) In diesem Sinne ist durch die kurmainzer Verordnung vom 15. Januar 1785 § 17 die gemeinrechtliche Streitfrage entschieden (§ 307 nr. 22). Haben indessen die Miterben eine solche Theilung veranstaltet, so hat sie für diese selbst ihre volle Wirkung. (l. 18 § 4, l. 20 § 3 D. [10. 2].)

Die praktische Folge dieser Rechtssätze äußert sich in nachstehenden Verhältnissen:

1) Haben Mehrere einen Schuldner beerbt, und werden diese vom Gläubiger auf Zahlung belangt, so ist diesem gegenüber ihre Haftung eine solidarische, und die Streitsumme ist nach der ganzen Forderung, nicht nach dem jeden Miterben treffenden Theile zu berechnen. (O. A. G. E. vom 25. Juli 1850, Nr. 1312 59/60.)

2) Haben Mehrere einen Gläubiger beerbt, und fordern von dessen Schuldner die Leistung, so zerfällt das Forderungsrecht nicht in so viele Theile, als es Miterben sind, sondern es erscheint nur das (durch die Darlehensklage zu realisirende) Kapital, und auch dieses nur rücksichtlich der Erben insoferne getheilt, als jeder derselben den seiner Erbportion entsprechenden Bruchtheil desselben in Anspruch zu nehmen hat. Rücksichtlich des Schuldners aber bleibt die Schuld ein Kapital, es geht keine Novation vor, kraft deren der Darlehensschuldner nun nicht mehr ein Darlehen, sondern so viele Darlehen schuldete, als Miterben am Nachlasse des ursprünglichen Gläubigers vorhanden sind.

Die Klagsumme bildet daher auch ungetheilt das Streitobjekt resp. die Streitsumme. (Bl. f. R. A. Bd. 27 S. 363 ff.)

Will jedoch einer der Miterben die ganze Forderung oder einen von seiner Erbrate verschiedenen Theil derselben einklagen, so muß er sich durch Cession der anderen Miterben legitimiren, welche indeß auch darin gefunden werden muß, wenn ihm die ganze Forderung bei der Erbtheilung oder ein bestimmter Betrag derselben zugewiesen wurde.

II. Die Testamentsvollstreckung ist Sache der Gerichte, oder der, sei es vom Testator, von den Erben oder vom Gerichte aufgestellten Testamentsvollzieher (Notariats Ges. art. 27. 29. 30. 31. 34. 35). Daß Testamente Erfolg haben, gehört nach l. 5 D. [29. 3] zum Staatszwecke, und es folgt daraus, daß auch von Gerichtswegen für deren Verkündung und Vollzug zu sorgen ist, sohin jedesmal, so oft ein Testament vorhanden ist, eine Verlassenschaftsbehandlung einzutreten hat, welche sich jedoch endigt, sobald ihr Zweck, nämlich die Uebertragung des Nachlasses an den formgültig eingesetzten Erben erfüllt ist.

§ 298 a.

Verlassenschaft der Geistlichen.

1) Bei Sterbfällen der Pfarrer und Frühmesser aus dem ehemaligen Fürstenthum Aschaffenburg kommen der Verlassenschaftsmasse die Pfarrei- oder Frühmesserei-Einkünfte des Jahres, worin der Pfarrer oder Frühmesser verstorben ist, bis zum Todestage und mit Inbegriff eines weiteren Monats (des Sterbemonates) zu; dagegen ist auch diese Masse verbunden, denjenigen Geistlichen zu erhalten, der während des Sterbmonates die Pfarrei oder Frühmesserei verwaltet.

Die Berechnung dieser Einkünfte, welche der Erbmasse zufallen, wird nach den in den Landkapitelsstatuten festgesetzten, und durch die Observanz allzeit angewendeten Terminen gefertigt. Diese Termine sind aber nicht die nämlichen in allen Landkapiteln, und selbst in demselben Landkapitel haben die verschiedenen Pfarrei- oder Frühmesserei-Einkünfte auch verschiedene Termine. Die Einkünfte sind dabei nach Maßgabe der Landkapitelsstatuten theils de promerendo, theils de promerito, weßwegen, je nachdem der Pfarrer oder Frühmesser in einem Zeitpunkt des Jahres verstirbt, die Masse dem Nachfolger herauszahlen muß, oder der Masse von den folgenden Einkünften des Jahres zukömmt.

Die Berechnung hierüber ist schwierig, es besteht deßwegen die weitere Observanz, daß die Definitoren der Landkapitel, welchen die Statute und Termine bekannt sind, die Berechnungen machen, welche den Namen „das Ratum" haben.

Das von den Definitoren verfertigte Ratum hat jedoch keine Rechtskraft, sondern wenn sich ein Betheiligter dadurch beschwert glaubt, ist ihm der Rechtsweg gegen den anderen Theil offen.

Beizufügen ist, daß öfters der Nachfolger in der Pfarrei oder Frühmesserei nicht gerade am Ende des Sterbmonates des Vorgängers bestimmt wird, somit die erledigte Stelle von einem andern Geistlichen einstweilen bis der Nachfolger bestimmt und commendirt ist (dessen Bezug der Revenuen erst a die commendae anfängt) verwaltet werden muß. Dessen Verpflegung und Honorar müssen aus der Rata der Pfarrei-Einkünfte, welche nach der Berechnung auf diese Zwischenzeit ausgeschlagen wird, bestritten werden. Sollte sich bei einer erledigten Pfarrei nach bestrittenen Verwaltungsunkosten an dieser rata fructuum intercalarium ein Ueberschuß ergeben, so fällt dieser nach der b estehenden erzbischöflichen Verordnung und Herkommen dem bestehenden sog. Kaplaneifond zu, welcher somit insoweit an den Einkünften des Jahres betheiligt ist.

Wenn aber die Definitoren bei Fertigung des Ratums die Abtheilung in jenes, was die Rate des Vorgängers, die Rate der Intercalarfrüchte und die Rate des Nachfolgers beträgt, machen, so läßt sich der Kaplaneifond observanzgemäß diese Berechnung jedesmal gefallen, wenn die Erben des Vorgängers keine Einwendungen gegen dieses berechnete Ratum machen. (Vergl. Schreiben des erzbischöflich Regensburgischen General-Vicariates vom 30. Januar 1815.)

2) Nachdem die Successio canonica durch Verordnung vom 16. März 1818 auch im Fürstenthume Aschaffenburg aufgehoben ist (Regsbl. 1818 S. 321 — vergl. § 218), blieben die Verlassenschaften der Geistlichen noch mit folgenden Abgaben belastet: a) mit dem numus centesimus, d. i. $1^1/_2$% der Verlassenschaft (nach Abzug der Leichenkosten-Schulden und des Patrimonial-Vermögens) blos von den Beneficialien des Nachlasses. Die Domherrn und wirklichen geistlichen Räthe waren hievon ausgenommen; b) pro ferto (auch vertone genannt) eine Abgabe von 3 fl. Dieses Reichniß soll aus frühester Zeit stammen, und pro facultate testandi erhoben worden sein; c) pro autore, eine Gebühr von 5 fl. für die in früherer Zeit dem Commissarius des geistlichen Gerichtes zugestandene Befugniß aus der Verlassenschaft das beste literarische Werk zu nehmen.

Vermöge allerh. Rescriptes d. d. München den 10. März 1815 wurde es bei diesen Lasten der Masse belassen, und angeordnet, daß sie der Staatskasse zu verrechnen seien, nach späteren Entschließungen vom 10. April und 16. August 1826 (eröffnet durch Rescript der k. Regierungsfinanzkammer vom 11. Januar 1827, Nr. $\frac{7140}{7536}$) sind jedoch diese Gebühren vom 1. Oktober $18^{26}/_{27}$ anfangend an das bischöfliche Ordinariat auszuhändigen.

Außer diesen Erbschaftsgebühren sind hinsichtlich der Verlassenschaften der Geistlichen keine besonderen (außer den gewöhnlichen Staatstaxen) herkömmlich.

3) Die Berechnung der Interkalarfrüchte soll nach Entschließung des k. Staatsministeriums der Justiz vom 13. Oktober 1818, da sie im engsten Zusammenhange mit der Verlassenschaftsbehandlung steht, durch das Verlassenschaftsgericht geschehen.

4) Gewöhnlich werden zum Vollzuge der Testamente der Geistlichen Testamentsexecutoren aufgestellt. Diesen ist dann sofort die

Auseinandersetzung des Nachlasses zu überweisen, und ihnen auch die Errichtung des Inventares durch einen Notar anheimzugeben, denn die Einmischung des Gerichtes in Privatgeschäfte der Staatsbürger muß immer auf einem gesetzlichen Grunde beruhen, und dieser Grund hört auf, wenn der Erblasser eine Person, welcher keine erhebliche Einwendung entgegensteht, mit der Vollziehung seines letzten Willens beauftragt hat. Ein solcher Grund liegt auch weder in den besonderen Abgaben der Verlassenschaften geistlicher Personen, noch in der allgemeinen Tax= oder Stempelpflicht; denn zur Wahrung der fiscalischen Interessen genügt es, entweder der treffenden Finanzbehörde von dem Sterbfalle Kenntniß zu geben, oder den Testamentaren die Auflage zu machen, sich seiner Zeit über die Entrichtung der gesetzlichen Abgaben bei Gericht auszuweisen. (A. G. E. vom 11. Oktober 1820, Nr. 9056 [1]).

5) Bezüglich der Verlassenschaftsverhandlungen von Klostergeistlichen sind vom k. Staatsministerium der Justiz vom 24. August 1830, Nr. 5136, folgende Grundsätze aufgestellt worden: a) bei

---

[1]) Zu erwähnen sind hier noch zwei kurzmainzer Verordnungen vom 18. Oktober 1742 und 14. April 1796*), nach welchen alle Klagen gegen Geistliche zweiten Ranges einer erlöschenden Verjährung von zwei Jahren unterliegen.

Das k. App.-Gericht hat in einem Erkenntnisse vom 12. Februar 1838, J. S. Arnheiter gegen Bengard diese von dem Anwalte der beklagten Verlassenschaft in Bezug genommenen Verordnungen ohne weiteres Beweisverfahren als gültig angenommen.

Diese Bestimmungen erscheinen jedoch durch das bayrische Gesetz vom 26. März 1859 über die Verjährungsfristen § 8 u. 9 aufgehoben.

*) Die Verordnung vom 14. April 1796, durch welche die frühere neuerdings eingeschärft wurde, lautet: Alschon im Jahre 1742 den 18. Oktober haben Wailand ihre Churfürstliche Gnaden Philipp Karl auf Veranlassung, daß damals an manche Verlassenschaften verstorbener Geistlicher von Anverwandten, Handelsleuten, Handwerkern, Dienstboten und sonstigen Arbeitern auch Anderen solche Schuldforderungen gemacht werden, worüber die Testamentarii aus Abgang der nöthigen Information ihre Amtsnothdurft zum Besten der Verlassenschaftsmassen, oder andern allenfallsigen Creditoren nicht beobachten konnten, wegen derlei Schulden und Forderungen eine allgemeine Verordnung zu erlassen für nöthig befunden, die von Sr. kurfürstlichen Gnaden Wailand Johann Friedrich Karl den 27. April 1751 aus den nämlichen Bewegursachen erneuert werden: dessen ungeachtet haben manche in folgenden Zeiten eine Unwissenheit dieser höchsten Verordnungen angegeben. Dieselben werden demnach zu jedermanns Nachricht und Bemessung hiemit dergestalt in frische Erinnerung gebracht, daß jeder, der eine Schuld oder sonstige Forderung an die Nachlaßmasse eines zum Mainzer Clero secundario gehörigen Geistlichen in und außerhalb der Stadt Mainz aufstellen will, dieselbe entweder durch schriftliche Anerkenntniß des Abgelebten, oder daß er selbe von diesem binnen zwei Jahr, da die Schuld gemacht, oder praetension gegründet werden, glaubhaft gefordert, oder im Falle, daß die Befriedigung hierauf nicht binnen der eben gemeldeten Frist erfolgt, ein solches dem Erzbichöflichen General-Vikariat oder jener geistlichen Gerichtsstelle, worunter sothaner Geistlicher unmittelbar steht, schriftlich angezeigt, beweisen müsse, ansonsten es nach Ableben eines solchen Debitoris nicht werde gehört werden.

Mainz den 14. April 1796.

Erzbischöfl. Mainzisches Generalvicariat.

Elbert, Secretär.

Conclusum vicariatus Moguntini d. dto Mainz den 14. April 1796.

Es wäre anliegendes avertissement dem Erzbischöflich geistlichen Gerichte zu Erfurt, sowie denen Erzbischöfflichen Commissariaten mit der Auflage zuzufertigen, um bei künftigen Fällen sich in judicando unabweichlich hiernach zu richten, allenfalls auch dasselbe in den Intelligenzblättern dortiger Distrikte einrücken zu lassen.

vidt Hemers suffraganus et provicarius generalis.

Klostergeistlichen solcher Mannsklöster, welche nicht zu den Mendicanten-Orden gehören, kann eine Erwerbsfähigkeit, und folglich auch eine Verlassenschafts-Verhandlung nur in der Art, wie sie durch Gesetze und Verordnungen bestimmt war, Platz greifen (nach Tit. XVI. § 5 des M. L. R. also nicht). Bei Mitgliedern der Mendicanten-Klöster aber kann von einer Verlassenschaftsverhandlung nie die Rede sein, weil sie nach ihren Ordensstatuten kein Eigenthum besitzen können, b) bei Todesfällen von Geistlichen, welche sich in Central-Klöstern befinden, kommt die Verordnung vom 17. November 1803 und c) bezüglich der Frauen-Klöster kommen α) bei Nonnen, welche nur zeitliche Gelübde abgelegt haben, die Verordnung vom 27. April 1807, β) bei Nonnen, welche ewige Gelübde abgelegt haben, die älteren Verordnungen über Erwerbs- und Erbfähigkeit der Kloster-Frauen zur Anwendung, dagegen sind γ) die englischen Fräulein, welche keine förmliche Ordensgelübde ablegen, und keine eigentlichen Klöster, sondern nur religiöse, der weiblichen Erziehung gewidmete Communitäten bilden, als erwerbs- und erbfähig sowohl im activen als im passiven Sinne anzusehen. Dabei versteht sich, daß die Verlassenschaftsbehandlung bei Kloster-Individuen in allen Fällen, wo hievon die Rede sein kann, nach den Bestimmungen der §§ 66—68 Edikt II. zur V. U. vorgenommen werden muß, weil dieses für alle Geistlichen gilt.

§ 298 b.

Von den Testamentsvollziehern.

Die Testamentsvollzieher sind Mandatare, welche ihren Auftrag entweder durch Testament, oder durch die Erben (mit sämmtlicher Erben Zustimmung), oder vom Verlassenschaftsgerichte (zum Vollzuge gewisser testamentarischer Bestimmungen, z. B. zur Ausführung milder Stiftungen, Auszahlung von Jahresrenten 2c. 2c.) erhalten haben. Der Umfang ihrer Leistungen bemißt sich zunächst nach den Grenzen des Auftrages, im Allgemeinen aber liegt der Zweck ihrer Aufstellung in der Absicht des Testators, daß seine Verfügungen durch die Erben vollzogen werden sollen, und daß der Testamentar diesen Vollzug überwache. (Frankf. Reform. Thl. IV. Tit. 11 § 1.)

Die Grundlage der Thätigkeit des Testamentares wird in den meisten Fällen auf dem Inventare über das Activ- und Passiv-Vermögen beruhen, und wo Abweichungen nicht bestimmt wurden, wird er in die Stelle der Verlassenschaftsbehörde nach den in § 298 entwickelten Grundsätzen eintreten. Außerdem vertritt er auch die Erben in Bezug auf Sammlung der Erbmasse, bedarf jedoch zur Klagstellung oder Veräußerung besonderer Vollmacht. Auftragsüberschreitungen machen ihn civilrechtlich den Erben und Erbschaftsgläubigern haftbar. Von den Gerichten ist von ihm Rechnungsstellung zu fordern, wenn Bevormundete an der Geschäftsführung des Testamentares betheiligt sind. (art. 32. 34 des Not.-Ges.)

Bayerische Staatsbeamte dürfen Testamentariate nur mit Genehmigung der vorgesetzten Behörden übernehmen. (Ver. vom 14. Januar 1825, Regsbl. S. 49.)

Titulus XVII.

Von Conferiren oder Beitragen deren Erben.

§ 1.

Alle Erben tragen bei.

„Was die Kinder von ihren Eltern im Leben bekommen „haben, müssen sie bei erfolgender Erbschafftsabtheilung bei„tragen, es werde ab intestato unter ihnen in gleiche Theile, „oder ex Testamento in ungleiche Theil, der letzten Willens„verordnung gemäß getheilet, wann nemlich dem Erben in „der letzten Willens-Verordnung ein gewisses Antheil der „Erbschaft überhaupt angewiesen worden; Wann ihm aber „ein gewisses Gut, Hauß, oder eine Summe Geldes in specie „angewiesen worden, so conferirt er nichts, es wäre dann, „daß dadurch denen anderen Erben die Legitima oder Pflicht„Theil geschwächet würde."

Wer davon ausgenommen.

§ 2.

Heuraths-Steuer.

„Es muß auch eine Tochter das empfangene Heuraths„Gut, und der Sohn die Braut-Gab oder Schankung, oder „Widerlag, so sie von ihren Eltern bekommen, beitragen, „hiezu seind auch verbunden die Enkelen, wann sie aus ihrer „Groß-Elteren Haabschafft obiges bekommen, und von deren„selben Erbschafft die Frag ist."

§ 3.

Hochzeits-Köften sind beizutragen.

„Es hat auch jeder Erb seine empfangene Hochzeits„Köften und Braut-Kleider zu conferiren, die Studir-Köften „und dasjenige aber, was zu Erziehung, Erlernung und „sonstiger Qualificirung deren Kinder beiderlei Geschlechts „verwendet worden, seind die Kinder beizutragen nicht schuldig, „es seie dann, daß die Eltern ausdrücklich geordnet haben, „daß es beigetragen werden solle."

Qualificirungs-Köften aber nicht, wann es anderst nicht verordnet.

§ 4.

Wie aber alsdann solche beizutragen.

„Im Fall die Elteren aber ausdrücklich verordnet, daß „die Kinder die zur Qualificirung verwendete Köften beitragen

„müssen, seind sie doch weiters nichts zu conferiren schuldig, „als was sie ihre Elteren in der Fremd mehr gekostet, als „wann sie wären zu Haus geblieben."

§ 5.

Wer davon befreiet.

„Wann einem Erben nur ein Gewisses vermacht, und „er kein Universal-Erb wäre, so ist er nichts beizutragen „schuldig, wie auch, wann der Testator das Beitragen einem „oder allen Erben nachgelassen hätte, jedoch ist dieses zu ver- „stehen, ohne die Kinder in ihrem Pflichttheil zu schmähleren."

§ 6.

Wie solches zu taxiren.

„Dasjenige, so beizutragen ist, muß in dem Preiß an- „geschlagen werden, wie es gegolten zur Zeit, da solches em- „pfangen worden."

§ 7.

Aufsteigende und Seiten-Erben tragen nicht bei.

„Das Beitragen hat nur statt, bei denen Erben in „absteigender, nicht aber in aufsteigender Linie, noch in der „Seiten-Linie, das ist: Es conferiren die Elteren nichts, „wann sie ihre Kinder erben, noch auch die Geschwister, wann „sie ihre Geschwister erben."

§ 8.

Nur das Hauptgut ist zu conferiren.

„Was die Kinder aus dem von ihren Elteren empfangenen „Geld oder Gütern gewonnen, oder gezogen haben, sollen sie „nicht beitragen, sondern nur das empfangene Haupt-Geld „oder Gut."

§ 9.

Auch die Statuten- und Dienst-Gelder.

„Es wird auch mit beigetragen, was die Elteren für „ihre Kinder ausgeleget bei Erlangung eines geistlichen Be- „neficii, für die Statuten und Expeditionsgelder, oder einen „weltlichen Dienst."

§ 10.

Nicht aber mäßige Schankung.

„Hingegen seind die Kinder dasjenige zu conferiren „nicht gehalten, was ihnen ihre Elteren geschenket, jedoch ohne „die andern in legitima zu schmähleren."

§ 11.

Wann die Nahrung und wegen Wohnung beizutragen.

„Die tägliche Kleidung und Nahrung, auch gehabte „Wohnung bei denen Elteren ist nicht zu conferiren, so lang „die Kinder ledigen Stands seind, wann sie aber geheurathet, „müssen, sie solches conferiren, es seie dann, daß sie bei denen „Elteren unter einem Obtach wohneten, so conferiren sie davon „nichts, ein anderes aber wäre es, wann sie in einem ihren „Elteren zustehenden abgesönderten Haus wohneten, auch ist „denen jüngeren unerzogenen Kinder derentwegen keine gewisse „Portion vorzüglich vor denen älteren Kinder zuzulegen."

§ 12.

Was nicht geschenkt, ist beizutragen.

„Gäben die Elteren einem Kind ein Gut ohne Meldung „einer Schankung, so solle solches beigetragen werden, würde „es ihm aber in einem gewissen, jedoch der Legitimae derer „übrigen Kinder unschädlichen Anschlag gegeben, so soll dafür „gehalten werden, daß ihme die Eltern das übrige, so es „etwan zur Zeit der Theilung mehr werth sein mögte, ge„schenkt haben."

§ 13.

Was wegen Handthirung beigetragen werde.

„Es wird auch beigetragen das Geld, welches sie von „denen Elteren bekommen zu Anfangung einer Handlung, „Wirthschafft, Krahm, Handwerks, oder zu Erkauffung nöthigen „Geschirr."

§ 14.

Was für Kinder bezahlt, wird beigetragen.

„Eben also wird beigetragen was die Elteren für ihre „Kinder als Caventen oder aus anderen dergleichen Ursachen „bezahlet haben."

§ 15.

Miliz und Strafgelder

„Ferner dasjenige, was sie für sie gegeben, um dieselbe „von der Militz, von einer verwürkten Straff und dergleichen „frei zu machen."

Zu der Erbschaft, wo es hergekommen.

„Was aber einem von dem Groß-Vatter, oder Groß„Mutter gegeben worden, das wird nicht conferirt bei seines „Vatters oder Mutters Erbschaft, wohl aber, wann die „Enkelen den Groß-Vatter oder Groß-Mutter ohnmittelbar „erben, alsdann aber soll es gehalten werden, wie wegen dem „Vatter oder Mutter oben gemeldet worden."

---

§ 299.

Begriff der Collation.

Conferiren (Collation) [1]) heißt Etwas zu der Nachlaßmasse beitragen, oder in jene Nachlaßmasse zurückbringen, an welcher man als

---

[1]) Die Collation des römischen Rechtes verdankt ihre Entstehung dem Umstande, daß die emancipirten Kinder den in der väterlichen Gewalt verbliebenen Kindern rücksichtlich ihrer Rechte an der elterlichen Erbschaft möglichst gleichgestellt werden sollten. Die letzteren (die sui) konnten nämlich nur für den Vater erwerben, und es würde daher zu einer Bevorzugung der emancipirten Kinder geführt haben, — nachdem diese durch das edictum unde liberi und die bonorum professio contra tabulas gleichfalls zur Erbschaft berufen wurden — wenn diese nicht verbindlich gemacht worden wären, ihr eigenes Vermögen mit ihren nicht emancipirten Geschwistern zu theilen. Durch die Entstehung der Pekulien wurde diese Theilung auf jenes Vermögen eingeschränkt, welches dem Erblasser erworben worden wäre,

Erbe betheiligt ist. Derjenige, welcher Etwas zurückbringen soll, muß dieses vor dem Tode des Erblassers und aus dessen Vermögen erhalten haben. Es kann daher jemand Etwas gegeben haben, ohne daß das Empfangene deßhalb zu seiner Verlassenschaft conferirt werden müßte, wenn es aus einem andern Vermögen gegeben war. Dieses ist nach M. L. M. namentlich der Fall, wenn bei stattfindender Errungenschaftsgemeinschaft z. B. ein Vater seine Tochter mit Gemeinschaftsgütern ausgestattet hat; dann ist es klar, daß die Mutter für den Theil, welcher ihr aus der Gütergemeinschaft gebührt, als Geberin anzusehen ist, und daß dieser Theil in ihre, und nicht in des Vaters Erbschaft zurückgebracht werden muß.

Sobald nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger das Erbschaftsvermögen ausgemittelt ist, muß der Erbtheil jedem Erben bestimmt werden. Dieser Theilung hat jedoch, im Falle alle oder einige Erben Descendenten des Erblassers sind, die Nachforschung vorauszugehen, was sie vom Erblasser auf die künftige Erbschaft voraus empfangen haben [1]). Diese Beträge oder Sachen müssen die Descendenten vor der Theilung einwerfen, damit sie vermöge jenes Vorempfanges von der Erbschaft nicht mehr erhalten, als in dem Willen des Erblassers lag, und sohin eine gleiche Vertheilung geschieht.

Hat der Erblasser bezüglich des Voraus-Gegebenen selbst Bestimmungen über die Collationspflicht getroffen, oder das Zurückbringen erlassen, so müssen diese zum Vollzug kommen, soweit dadurch der Pflichttheil nicht verletzt wird. Mangelt aber eine solche Anordnung, so haben die Gesetze, sowohl das gemeine Recht, als das M. L. R., Regeln darüber aufgestellt, a) wer zur Collation verbunden ist, b) was zurückgebracht werden muß, c) wem, oder zu welcher Nachlaßmasse es zurückgebracht werden muß, und d) in welcher Weise das Rückbringen zu geschehen hat.

Die vom M. L. R. in Tit. XVII. gegebenen Bestimmungen treffen größtentheils mit dem gemeinen Rechte überein, z. B. die §§ 1. 2. 5. 6. 7. 10 ꝛc. während andere Bestimmungen des gemeinen Rechtes in dem Statut aufgehoben erscheinen, z. B. l. 20 C. (6. 20), l. 35 § 2 C. (3. 28), l. 11 C. (2. 19) in Tit. XVIII. § 3. u. 4; nur die gelassenen

---

mithin zur Erbschaft gehören würde, wenn der Emancipirte bis zum Tode des Erblassers in dessen Gewalt verblieben wäre. Dagegen wurde die Collation auch auf die nicht emancipirten Kinder ausgedehnt, und schließlich als Regel anerkannt, daß überhaupt alle Descendenten gegenseitig das conferiren müssen, was sie bei Lebzeiten des Vaters aus dessen Vermögen erhalten haben, z. B. als Ausstattung, für Ankauf eines Militärdienstes ꝛc. ꝛc. Dabei hatte der Werth des Gegebenen am Todestage des Erblassers in Betracht zu kommen. Das deutsche Recht nimmt dagegen an, daß das vom Vater dem Kinde bei Lebzeiten des Ersteren Gegebene als Abschlagszahlung auf die künftige Erbschaft anzusehen sei, weßhalb es nicht darauf ankommt, ob das Gegebene beim Tode des Erblassers noch vorhanden ist, und die Kinder nie das Empfangene zurückzugeben, sondern sich nur anrechnen zu lassen haben.

[1]) Bei Vermögenstheilungen zu Lebzeiten der Eltern gelten dieselben Grundsätze der Collation, weil sie als Theilungen auf den Erbfall (de futura hereditate) zu betrachten sind (Erk. des Rev.-G. vom 4. Sept. 1776, J. S. Straub gegen Förg.). Was aber nicht in Beziehung steht zu den künftigen Erbrechten, z. B. ein Darlehen der Eltern, muß zwar allenfalls aus besonderen Gründen zu dem elterlichen Nachlasse ersetzt werden, allein ein derartiger Ersatz hat nicht das charakteristische Merkmal der Collation, weil man diesem Rückersatz nicht durch Entschlagung der Erbschaft entgehen kann. Insofern die Collation nur unter Descendenten stattfindet, können die Erbtheile der übrigen Erben, selbst der einem Gatten vermachte Kindstheil, nur von dem vom Erblasser bei seinem Tode wirklich besessenen Vermögen (wozu die Collationsposten nicht in Anschlag zu bringen sind) berechnet werden. (Vergl. § 301 nr. 4.)

Lücken, sowie die gebliebenen Controversen sind daher nach gemeinem Rechte vermöge der correktorischen Natur des Statutes aus dem gemeinen Rechte und der Praxis zu lösen. (A. G. E. vom 30. November 1855, Nr. 103.)

§ 300.

I. Wer ist zur Collation verbunden.

Nach M. L. R. Tit. XVII § 1. 5 u. 7 sind nur die Descendenten gegen einander zur Collation verbunden, wer auch ihre Miterben sein mögen. Sie ist also ausgeschlossen unter den Ascendenten und Seitenverwandten, d. h. die Eltern haben nicht beizutragen, was sie von ihren Kindern empfangen haben, wenn sie diese beerben, ebensowenig die Geschwister, was sie von ihren Geschwistern erhalten haben, wenn sie diese beerben. Unter den Kindern selbst hat die Collation auch nur dann statt, wenn sie Universal-Erben [1]), nicht aber wenn sie blos Partikular-Erben oder Vermächtnißnehmer sind; auch hat der Universalerbe den Legataren nicht zu conferiren. (Nov. 118 cap. 6. — Authent. ex test. C. [6. 20], l. 39 § 1 D. [10. 2]. — l. 4. D. [37. 7].)

Alle Descendenten sind aber einander zur Collation verpflichtet, sie mögen als Intestaterben oder nach Testament [2]) zu gleichen oder zu ungleichen Theilen zur Erbschaft gelangt sein, sie mögen zur Zeit, wo sie etwas vom Erblasser empfangen haben, dessen nächste Erben gewesen sein, oder nicht, oder sie mögen die Erbschaft unbedingt, oder unter der Rechtswohlthat des Inventares angetreten haben.

Auch der auf den Pflichttheil gesetzte Descendent ist collationspflichtig, weil er Erbe bleibt, und weil Pflichttheil und Collationspflicht nicht mit einander in untrennbarer Verbindung stehen, indem zwar der Pflichttheil nicht belastet werden darf (§ 241), in der Collation aber keine Verminderung begriffen ist, der Pflichttheil vielmehr auf jede Weise, also auch durch Zuwendungen vor dem Tode des Erblassers verschafft werden kann. (M. L. R. Tit. IX. § 10. — Vergl. § 240.)

Die Einsetzung auf den Pflichttheil äußert jedoch ihre Wirkung auf die Collation in der Beziehung, daß der Betrag des Vorempfangenen nicht doppelt in Rechnung gebracht werden darf, nämlich einmal bei Berechnung der dadurch vermehrten Verlassenschaft, wozu der Notherbe die

---

[1]) Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der als Erbe auf eine bestimmte Sache Eingesetzte (heres ex re certa, § 186. 222) collationspflichtig sei, ist nach M. L. R. bedeutungslos, weil er immer nur als Legatar erscheint, indem nach Tit. VIII. § 19. jene Nachlaßtheile, über welche nicht verfügt ist, nicht einem auf eine bestimmte Sache Eingesetzten, sondern den Intestaterben zufallen. Ueberdieß hat das Statut in Tit. XVII. § 1 den in re certa Eingesetzten ausdrücklich von der Collationspflicht ausgenommen, sofern nicht der Pflichttheil der anderen Notherben durch ihn verletzt wird. (Erk. des Rev.-G. vom 15. September 1787, J. S. Werrlein gegen Ehmant.)

[2]) Gemeinrechtlich ist die Frage streitig, ob bei der testamentarischen Erbschaft nur jene Descendenten collationspflichtig sind, welche ohne Testament die nächsten Intestaterben gewesen sein würden, oder ob die Collationspflicht für jeden aus einem Testamente erbenden Descendenten bestehe. Nach M. L. R. ist dieser Unterschied nicht gemacht, und auch bedeutungslos, weil er mit der gemeinrechtlichen Erbfolge der sui und emancipati zusammenhängt, welcher nach M. L. R. nicht besteht (§ 78), und weil ohnedieß die Kinder und Enkel ꝛc. die nächsten Intestaterben sind, wenn kein Testament vorhanden ist.

empfangene Sache zurückgibt, und dann bei Berechnung des Pflichttheiles selbst, denn dadurch bekäme die Erbschaft den Vorempfang doppelt. Außerdem können auch nur jene Gaben des Erblassers in den Pflichttheil eingerechnet werden, welche überhaupt der Collation unterliegen (§ 301). Hieraus ergibt sich, daß wenn a) einem Descendenten nicht mehr, oder nicht einmal soviel, als sein Pflichttheil beträgt, hinterlassen worden ist (wobei jedoch die in dem Pflichttheil einzurechnenden Zuwendungen in Anschlag zu bringen sind), so braucht er nichts zu conferiren. Beträgt das Hinterlassene einschlüssig jener Zuwendungen weniger als der Pflichttheil, so kann der Pflichttheilsberechtigte sogar Ergänzung seines Pflichttheiles fordern (§ 243 nr. 2). b) Ist ihm zwar mehr als der Pflichttheil hinterlassen, jedoch nur soviel, daß er durch die Collation desjenigen, was nicht in den Pflichttheil einzurechnen ist (z. B. was der Berechtigte durch Substitution oder Anwachsungsrecht erworben hat (l. 3. 6 pr. in fine C. [3. 28]), weniger als den Pflichttheil erhalten würde, so ist die Collation insoweit zu beschränken, daß der Pflichttheil nicht verkürzt wird. c) Ist jemand schlechthin auf den Pflichttheil eingesetzt, so folgt daraus, daß er nur so viel haben soll, als der Pflichttheil beträgt; denn es muß dieses nur ohne Beschwerde geschehen, der Pflichttheilsberechtigte braucht daher nur das zu conferiren, was von seinem Vorempfangenen den Pflichttheil übersteigt. Hiebei sind jedoch die Folgen der Ausschlagung der Erbschaft zu berücksichtigen.

Zur Collation sind die Descendenten nur dann verbunden, wenn sie wirklich Erben geworden sind, d. h. die Erbschaft nicht ausgeschlagen haben. Haben Kinder, welchen z. B. eine Ausstattung versprochen, aber noch nicht gegeben ist, die Erbschaft der Eltern ausgeschlagen, so können sie die Ausstattung noch fordern, soweit dadurch der Pflichttheil ihrer Geschwister nicht geschmälert wird. Durch Ausschlagung kann der Descendent der Collation selbst dann entgehen, wenn er mehr beizutragen hätte, als sein zu erwartender Erbtheil beträgt. (l. 8. 9 D. [37. 7]. — Vangerow Bd. II. S. 457 nr. 2.)

Dadurch, daß das M. L. R. in Tit. XVII. eine Collation zur Gleichstellung der übrigen Miterben anordnet, ohne die Ausnahme des gemeinen Rechtes bei Ausschlagung der Erben zu erwähnen, ist nicht gesagt, daß dadurch diese Ausnahme nicht gelte, denn es ist bekannt, daß in allen Fällen, in welchen das M. L. R. das gemeine Recht nicht abändert, es eben vollkommen bei dem gemeinen Rechte verbleibt. Das L. R. hätte mithin diesen im gemeinen Rechte speciell vorbehaltenen Fall (ut dote contenti abstineant hereditate paterna) ausdrücklich verwerfen müssen, wenn er seine Anwendung verloren haben sollte. Derselbe ist auch mit den übrigen Bestimmungen des Statutes wohl verträglich, weil die von ihm aufgestellte Regel der Collationspflicht nur so viel bedeutet, daß die Erben in den vom gemeinen Rechte nicht ausgenommenen Fällen in Ansehung ihres Vorempfangenen einander gleichgestellt werden sollen, damit keine unprivilegirte Ungleichheit entstehe. Sowie nun die Eltern, solange sie den Pflichttheil der übrigen Notherben nicht verkürzen, letztwillig verfügen können, wie sie wollen, so können sie auch bei Lebzeiten Schenkungen vornehmen, ohne gegen das Statut zu verstoßen. (Erk. des Rev.G. vom 4. Sept. 1776, J. S. Straub gegen Förg.) — Es liegt hierin eine Mahnung an die Eltern, daß sie bei Ausstattung einzelner Kinder nicht zu freigebig verfahren, weil sie nicht den Vermögensstand zur Zeit ihres Todes voraussehen können.

Auch der stillschweigende Erbschaftsantritt durch Einmischung in den Nachlaß (§ 287) kommt hiebei in Betracht. Bei den Kindern als Zwangserben (heredes sui) ist jedoch zu beachten, daß diese zum Erbschaftsantritt keiner besonderen Erklärung bedürfen, daß hier vielmehr Anfall und Erwerb der Erbschaft zusammentreffen, es ist daher eine rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft Seitens der Zwangserben nothwendig. Hat sich der Zwangserbe einmal in den Nachlaß eingemischt, und durch concludente Handlungen zu erkennen gegeben, daß er sich wirklich als Erbe ansehe, so kann in einer späteren Ausschlagung nur die Absicht erkannt werden, sich zum Schaden der übrigen Erben der wohlbegründeten Collationspflicht zu entziehen. (Erk. des A. G. vom 18. August 1849, Nr. 1289.) — Diese Bestimmungen haben ihren Grund in der Absicht der Gesetze über die Collation, da durch das Rückbringen nur die Gleichstellung bei der Erbtheilung bezweckt wird, und daher jener Erbberechtigte, welcher nicht zur Theilung kommt, weil er auf die Erbschaft verzichtet hat, auch nicht zum Rückbringen verbunden ist. Dieser kann immerhin das ihm in Rücksicht auf seine künftigen Erbrechte Gegegebene behalten, vorausgesetzt, daß der Geber damit einen Pflichttheilsberechtigten nicht verletzt hatte, in welchem Falle auch die Collation vom Erblasser nicht einmal nachgelassen werden kann. (M. L. R. Tit. XVII. § 1. 5. 12.)

Da der Vorbehalt (das Conferendum) zugleich ein Theil des Nachlasses ist, und daher nur solche Vermögenstheile umfaßt, welche der Erblasser nicht schon bei Lebzeiten aus irgend einer rechtlichen Nothwendigkeit, z. B. für standesgemäße Erziehung und Bildung der Kinder, renumeratorische Schenkungen, Pflichttheil 2c. 2c. aufwenden mußte, so kann er von dem nicht zurückverlangt werden, welcher sich durch Verzicht der Erbschaft begeben hat. Zu bemerken ist hiebei, daß eine Gabe unter Lebenden, die aus Gütern gemacht wurde, über welche der Geber nicht unbedingt. z. B. wegen der daran zustehenden Ansprüche der Pflichttheilsberechtigten, verfügen konnte, von dem Empfänger, selbst im Falle seines Verzichtes auf die Erbschaft, ganz oder theilweise zur Nachlaßmasse zurückgebracht werden muß, obgleich sie zu einer Zeit gegeben wurde, wo der Geber noch frei darüber schalten konnte. Die Ursache davon ist, daß der Geschenkgeber diejenigen, welchen das Gesetz einen Theil seines Vermögens vorbehält (Pflichttheilsberechtigte), dessen nicht berauben kann.

Dieser Fall tritt auch dann ein, wenn, nachdem Etwas ohne Befreiung vom Rückbringen gegeben wurde, später andere Freigebigkeiten anderen Erben mit Befreiung von der Collation, oder Fremden zugewendet worden sind, und durch die Gesammtsumme dieser Zuwendungen eine Schmälerung des Pflichttheiles bewirkt wird. Dann ist es klar, daß der Erblasser jene Güter, über welche er frei verfügen konnte, den spätern Vermächtniß- oder Geschenknehmern zuwenden wollte, und daß die früher dem Erben gemachte Schenkung nur als eine vorläufige Erbeinsetzung und als ein Voraus auf die Erbschaft gegeben wurde. Der Erbe kann also hier seine Schenkung nicht behalten, indem er auf die Erbschaft verzichtet, obwohl er sonst selbst bei Verzicht auf die Erbschaft bis zum Betrage des verfügbaren Theiles die Schenkung unter Lebenden behalten, oder die ihm zugedachten Vermächtnisse in Anspruch nehmen darf.

Aus dem gleichen Grunde, daß die Collation die Gleichstellung unter den Erben bezweckt, indem sie das in die Masse zurückbringen

läßt, was die Erben erhalten haben, geht auch hervor, daß sie nur von dem Erben verlangt werden kann, welcher Geschenk- oder Vermächtnißnehmer dieses Erblassers ist. Darum braucht man in die Erbschaft einer Person jene Güter nicht zurückzubringen, die man von einer anderen Person erhalten hat, selbst wenn sie indirekt von derselben Person herstammen sollten, welche man jetzt beerbt. Wenn also mein Großvater meinem Vater ein Gut geschenkt hat, das ich mit der Erbschaft des letzteren (des Vaters) erhalten habe, und ich beerbe dann in eigenem Namen diesen Großvater, weil z. B. mein Vater vor diesem gestorben ist, oder weil er auf die Erbschaft des Großvaters verzichtet hat, dann brauche ich dieses Gut nicht zu conferiren, denn ich bin hier nicht der Geschenknehmer dieses Großvaters, welchen ich beerbe. (M. L. R. Tit. XVII. § 15 Abs. 2.) [1]) Daraus, daß die Erbvertretung (Repräsentationsrecht) eine Dichtung (Fiction) ist (§ 278), welche den Vertretenen in der Person des Vertreters wieder aufleben läßt, folgt, daß dieser letztere Alles conferiren muß, aber auch nur das zurückzubringen braucht, was der Vertretene wieder zurückbringen müßte, wenn er noch am Leben wäre. Wenn ich also als Erbvertreter meines Vaters eintrete, dann muß ich das Gut conferiren, welches er vom Erblasser erhalten hat, selbst wenn ich es nicht bekommen habe, weil es etwa verschwendet war. Dagegen aber brauche ich das Gut nicht zurückzubringen, welches ich selbst von dem Erblasser erhalten habe, weil der Erbvertreter gerade diejenigen Rechte bekommt, welche der Vertretene selbst hatte, und nicht mehr und nicht weniger. (M. L. R. Tit. XVII. § 15 und § 1.) Es ist durch diese Verfügung des Statuts eine gemeinrechtliche Controverse entschieden, indem ältere Juristen gestützt auf l. 19. C. (6. 20) und ein Repräsentationsrecht bei der Erbfolge der Enkel, eine unbedingte Collationspflicht der Enkel annehmen (Thibaut § 883. — Wening, Bch. V. § 180), während andere Rechtsgelehrte unter Berufung auf l. 20 C. (6. 20) dem Grundsatze huldigen, daß die Collationspflicht sich nur auf solche Sachen erstrecke, welche den Collationspflichtigen wirklich bereichern, und welche vom Erblasser direkt übergehen. Consequent mit der Verwerfung des Repräsentationsrechtes der Enkel (§ 280) hat das Statut die letztere Ansicht adoptirt. (Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784,

---

[1]) Bezüglich der in Tit. XVII. § 15 Abs. 2 des M. L. R. entschiedenen Frage wird gemeinrechtlich ein Unterschied gemacht, ob die Enkel mit den Geschwistern ihrer verstorbenen Eltern bei der Erbschaft zusammentreffen, oder unter sich allein erben. Im ersteren Falle sollen sie, auch wenn sie der Eltern Erbschaft ausschlagen, oder wenn sie wegen Verzichtes der Eltern zur großelterlichen Erbschaft gelangen, collationspflichtig sein, weil sie dann in die Stämme erben, was nur vermöge des Repräsentationsrechtes geschehen könne (§ 6. J. [3. 1] — l. 2 C. [6. 55] — l. 8 § 8 D. [5. 2]), und nicht mehr erhalten könnten, als ihre Eltern, daher auch deren Handlungen verantworten, und ihre Verbindlichkeiten übernehmen müßten. (l. 149. 177. pr. D. [50. 17].) Hiezu wird noch angeführt, daß der Erbverzicht den Kindern nur gestattet sei, damit sie ihrer Eltern Schulden nicht bezahlen müssen. (l. 115 D. [50. 17].) Damit ist aber die Frage nicht zu verwechseln, ob auch die Enkel im gegebenen Falle die Schulden conferiren müssen, welche ihre Eltern bei den Großeltern gemacht haben. Diese Frage ist sowohl nach gemeinem als nach M. L. R. zu verneinen, denn Schulden sind kein Gegenstand der Collation, sondern sie müssen bezahlt werden, ob der Schuldner Erbe ist, oder nicht. Nicht was zum Nachlasse gehört, sondern was vom Nachlasse im Vermögen der Miterben sich befindet, ist Gegenstand der Rückbringung. (l. 6 C. [6. 20].) Die Schulden aber befinden sich in des verstorbenen Gläubigers Vermögen, nicht aber im Vermögen des Schuldners. (l. 49 D. [50. 16].)

J. S. Schlender gegen Creditoren). Hat der Vater seine Kinder aus früherer Ehe, während einer folgenden, aus der Errungenschaft dieser Ehe ausgestattet, so hat die zweite Frau als Stiefmutter der Vorkinder eine Ersatzforderung an die Errungenschaft. (§ 180 S. 421. 422.) Beträgt nach dem Tode des Vaters in diesem Falle das Vermögen nicht soviel, daß die zweite Frau wenigstens ihr Einbringen zurückerhalten kann, so kann sie die Ausstattung soweit zurückfordern als ihr Errungenschaftsantheil oder ihr Einbringen durch jene Ausstattung geschmälert wurde, denn Stiefeltern sind zu keiner Ausstattung der Vorkinder verpflichtet.

§ 301.

II. Was wird conferirt.

1) Im Allgemeinen.

Im Allgemeinen läßt sich annehmen, daß Alles das, was dem Empfänger aus Rechtsgründen geleistet werden mußte und was auf dem rechtlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern beruht, z. B. standesgemäße Nahrung, Kleidung, Erziehung ꝛc. nicht conferirt zu werden braucht, weil es als rechtlich nothwendige Ausgabe gleichsam wie eine Schuld auf dem Nachlasse haftet, und sich daher auch nicht unter den Activen der Erbmasse befinden kann. In einem anderen Verhältnisse stehen schon die von den Eltern für eine besonders kostspielige Erziehung der Kinder gemachten Aufwendungen, welche den Eltern nicht zugemuthet werden können, sondern mehr aus Rücksichten für das künftige Wohl des Kindes entspringen, und daher immerhin dem freien Ermessen der Eltern sowohl rücksichtlich des gehabten Aufwandes, als rücksichtlich der über die Collationspflicht zu treffenden Bestimmungen überlassen bleiben. (M. L. R. Tit. XVII. § 3 in fin.) Demungeachtet ist es nicht möglich, über den Gegenstand der Collation eine durchgreifende Regel aufzustellen, was auch das gemeine Recht sowohl, als das M. L. R. vermieden haben, sondern man muß sich darauf beschränken, im Besonderen aufzuführen, welche Gegenstände vom Gesetz als collationspflichtige bezeichnet sind. Indeß mag hiebei doch im Allgemeinen angenommen werden, daß dasjenige der Collation unterworfen ist, was ein Descendent zu seiner Unterstützung und zur Vermehrung seines Vermögens von dem Erblasser zu dessen Lebzeiten unentgeldlich und ohne Bedingung erhalten hat. Hieraus erhellt, daß dasjenige, was Gegenstand der Collation sein würde, wenn es der Erblasser zu seinen Lebzeiten dem Descendenten übergeben hätte, der Collation nicht unterworfen ist, wenn es vom Erblasser durch einen letzten Willen hinterlassen wurde; es folgt ferner daraus, daß Alles, was kraft besonderer Gesetze nicht unentgeldlich gegeben wird, z. B. beim Kauf und Tausch das Kauf- oder Tauschobjekt, oder wobei vermöge der Gesetze schon in der Hingabe die Bedingung der Rückgabe z. B. beim Darlehen, oder die Bedingung der Haftung z. B. bei der Bürgschaft ꝛc. liegt, nicht unter den Begriff der Collationspflicht, sondern in die Kategorie der Forderungen gehört, und daher ohne Rücksicht auf Erbrechte der Empfänger zurückerstattet werden muß. Da übrigens blos dasjenige conferirt werden muß, was ein Descendent von dem Erblasser erhalten hat, so ist in Absicht auf die Errungenschaftsgemeinschaft des M. L. R. der allgemeine

Satz aufzustellen, das dasjenige, was die Eltern einem Kinde aus der Errungenschaftsgemeinschaft, oder vermöge einer sonstigen gemeinschaftlichen Verbindlichkeit gegeben haben, bei dem Tode eines Elterntheiles nur zu $^2/_3$ oder zu $^1/_3$ (je nachdem der Vater oder die Mutter gestorben ist), conferirt wird, weil nur dieser Betrag, als aus des betreffenden Elterntheiles Vermögen gegeben, zu betrachten ist.

Was einem von zwei Gatten zugewendet wurde, während der andere zur Erbfolge berechtigt ist, ist so anzusehen, als wäre es unter Befreiung von der Collation dem ersteren zugedacht. Ist beiden Gatten zusammen etwas gegeben worden, aber nur einer zur Erbfolge berechtigt, so hat der Mann, wenn er der Erbe ist, $^1/_2$, die Frau, wenn sie die Erbin ist, ebenfalls $^1/_2$ zu conferiren, weil das Gegebene nicht in die Errungenschaft geflossen, sondern dem Zubringen angehört, und sohin jedem Gatten zur Hälfte gegeben worden ist. Ist Etwas zur Erleichterung des Ehestandes gegeben, so fällt es in die Errungenschaft, und die Collationspflicht bemißt sich dann nach dem Antheile des Erben an der Errungenschaft zu Schwert- und Rockentheil. (Erk. des Rev.-G. vom 3. April 1775, J. S. Hofheim gegen Will.) Sind die Zuwendungen dem erbberechtigten Gatten gemacht worden, so hat er solche gegebenen Falles ganz zu conferiren. (§ 72.)

Entsprechend diesen Grundsätzen ist ein versprochenes Heirathsgut bei der Abtheilung des ehlichen Vermögens zu beurtheilen. (§ 41. 180.) Nach l. 17 C. (6. 20) ist das, was von den Schwiegereltern dem Schwiegersohn mit Rücksicht auf ihre Tochter resp. deren Ehe gegeben wurde, bei der Theilung des Vermögens des verstorbenen Ascendenten zu conferiren.

Verzichte zu Gunsten eines Dritten verpflichten diesen nicht zur Collation. So hat z. B. ein Sohn nicht zu conferiren, wenn er Miterbe des Vaters ist, und der Vater zu Gunsten dieses Sohnes auf die ihm angefallene Erbschaft verzichtet; wenn aber die Mutter oder der Vater zu Gunsten der Kinder erster Ehe auf ihren Errungenschaftsantheil am erstehlichen Vermögen verzichten, so ist dieses eigentlich nur ein Aufgeben bereits erworbener Rechte, und den Kindern erster Ehe ist dadurch etwas zugewendet, was die Eltern schon besaßen. Diese Zuwendung müssen daher die erstehlichen Kinder conferiren. Beide Entscheidungen beruhen auf dem Grundsatze des römischen Rechtes, daß ein Erbe nur dann betrüglich handelt, wenn er das verloren gehen läßt, was er hatte, nicht aber wenn er etwas zu erwerben versäumt.

§ 301 a.

2) Besondere Gegenstände der Conferenden.

a) Collation des Heurathsgutes, der Ausstattung und Widerlage.

Heirathsgut, Aussteuer [1]), kurz Alles, was die Eltern einem selbstständig gewordenen Kinde zur Begründung eines eigenen Hausstandes gegeben haben, ist dem Vater oder der Mutter, jedem allein, oder zu

1) Hochzeitsgeschenke, welche den angehenden jungen Eheleuten an ihrem Hochzeitstage entweder von ihren Eltern oder von Fremden gemacht werden, sind nicht zur Heimsteuer, sondern zu den Geschenken zu rechnen. (§ 302 nr. III. — l. 20

Schwert- oder Rockentheil zu conferiren, je nachdem das Gegebene aus dem Separatvermögen des einen oder anderen Elterntheiles, oder aus deren Errungenschaft entnommen war. (§ 41. 180.) Da indeß die Ausstattung [1]) der gewöhnlichste Gegenstand der Collation ist, so genügt es diese bezüglich der Collationspflicht unter den verschiedenen Gesichtspunkten zu entwickeln. Es wird dabei von folgenden Sätzen ausgegangen:

1) Ein Kind, welches zur Zeit, wo es ausgestattet wurde, eigenes Vermögen hatte, conferirt die Ausstattung nicht, soweit solche aus seinem eigenen Vermögen entnommen ist, da das M. L. R. Tit. XVII. § 2 nur jene Ausstattung conferirt wissen will, welche das Kind von den Eltern, d. h. aus deren Vermögen erhalten hat. (§ 180.) Hatte das Kind hingegen kein eigenes Vermögen, so muß es von dem überlebenden Elterntheile allein ausgestattet werden, denn der Stiefvater oder die Stiefmutter haben dazu keine Verpflichtung; mithin muß ein solches Kind, zu welcher Zeit es auch ausgestattet worden sein mag, seine ganze Aussteuer conferiren, wenn der Nachlaß seines leiblichen Parens vertheilt wird, wogegen die Kinder zweiter Ehe, wenn sie während dieser ausgestattet wurden, nur den Schwert- oder Rockentheil des zur zweiten Ehe geschrittenen, nun verstorbenen Parens einwerfen müssen, weil sie den anderen Theil ihrer Ausstattung von ihrem überlebenden Parens erhalten haben, und zu dessen Nachlaß beitragen müssen.

2) Wenn Eltern einem oder einigen unter mehreren Kindern eine Ausstattung geben, so müssen diese Kinder bei der Erbtheilung, welche nach dem Tode eines Elterntheiles vorgenommen wird, ihren Geschwistern 1/3 oder 2/3 ihrer Ausstattung conferiren, je nachdem es sich um den Nachlaß der Mutter oder des Vaters handelt, weil die Ausstattung als eine Ehelast aus der Errungenschaft genommen ist (§ 180 II), und das ausgestattete Kind daher den anderen Theil der Aussteuer von dem noch lebenden Elterntheile erhalten hat.

3) Wenn das Kind, welches die Aussteuer erhalten hat, gestorben ist, und Kinder hinterlassen hat, so richtet sich die Collationspflicht nach den in § 300 gegebenen Regeln. (M. L. R. Tit. XVII. § 15 Abs. 2.)

4) Da von dem überlebenden Gatten [2]), und den sonstigen Miterben der Kinder nicht conferirt wird, sondern nur von den Descendenten,

---

§ 1 C. [6. 20].) Geschenke Fremder sind unbedingt nicht zu conferiren, werden sie von den Eltern gegeben, so richten sie sich nach M. L. R. Tit. XVII. § 10, und sind im Allgemeinen nicht zu conferiren, wenn sie nicht übermäßig sind, oder ihre Collation bei der Hingabe angeordnet wurde.

[1]) Was die in Tit. XVII. § 3 zur Collation unbedingt gezogenen Hochzeitskosten und Brautkleider betrifft, so ist diese Bestimmung in Verbindung zu bringen mit Tit. VII. § 6 des M. L. R., wornach den Kindern nur die standesmäßigen Auslagen, Hochzeitskosten und Hochzeitskleider zur Aufrechnung gebracht werden dürfen, ein Uebermaß also um so weniger zur Collation gezogen werden kann, als nach gemeinem Recht jeder Aufwand hiefür als zu Ehre der Eltern selbst geschehen und collationsfrei erachtet wird. Uebereinstimmend mit dem M. L. R. ist die Collation der Hochzeitskosten auch in der Frankf. Reform. Thl. VI. Tit. 5 § 1, im kurpfälz. L. R. Thl. 4 Tit. 19 § 1 verordnet.

[2]) Hat z. B. ein Vater seine zwei Kinder und seine Gattin zu Erben eingesetzt, und die Verlassenschaft war 12,000 fl., so ist der Nachlaß, da die Mutter als Miterbin hinzutritt, in drei gleiche Theile zu theilen. Hat die Mutter ihren Antheil zu 4000 fl. erhalten und hinweggezogen, so werfen dann die beiden Kinder Alles, was sie bereits von ihrem Vater bekommen haben, in die gemeine Erbschaft ein, z. B. das Kind A 4000 fl., das Kind B 2000 fl., so daß nunmehr der unter die zwei Kinder zu vertheilende Nachlaß aus zwei Theilen des rückgelassenen Vermögens zu 12,000 fl., d. h. 8000 fl., dann 4000 fl. und 2000 fl., sohin aus 14,000 fl.

so wird nicht nur die Gesellschaftstheilung, sondern auch die Berechnung des dem überlebenden Gatten verschafften Kindstheiles vorher gemacht, ehe die Ausstattung in den Nachlaß eingeworfen wird, so daß die Erbtheile der Miterben der Kinder durch die Collation der letzteren nicht vergrößert werden, da nach M. L. R. Tit. XVII. § 1 ebenso wie nach gemeinem Rechte die Kinder nur unter sich selbst conferiren.

5) Wenn der zur weiteren Ehe geschrittene Gatte in dieser Ehe Kinder zeugt, und eines derselben ausstattet, so muß sowohl das von ihm ausgestattete Kind aus erster, als jenes aus zweiter Ehe bei der Theilung des Nachlasses des gemeinschaftlichen Elterntheiles Schwert- oder Rockentheil seiner Ausstattung den sämmtlichen übrigen Kindern beider Ehen conferiren, weil sowohl die Kinder erster als jene zweiter Ehe ihre Ausstattung nur von dem verstorbenen gemeinschaftlichen leiblichen Parens beider Ehen erhalten haben. War dieser verstorbene Elterntheil der Vater, so müssen die Kinder erster Ehe $^2/_3$ ihrer Aussteuer, die Kinder zweiter Ehe aber ebenfalls $^2/_3$ conferiren, war es die Mutter, so beschränkt sich die Collation für die Kinder beider Ehen auf $^1/_3$ ihrer Ausstattung, weil nur soviel vom gemeinschaftlichen Parens herkommt. Dieses ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Kinder erster Ehe auch während dieser Ehe, und die concurrirenden Kinder zweiter Ehe während der zweiten Ehe ausgestattet wurden. Werden dagegen die Kinder aus erster Ehe erst *während der zweiten Ehe* vom gemeinschaftlichen leiblichen Parens der Kinder beider Ehen ausgestattet, so müssen die Kinder erster Ehe ihre ganze Ausstattung einwerfen, weil diese auch ganz vom gemeinschaftlichen Parens gegeben wurde, und weil alle leiblichen Kinder desselben, sie mögen aus einer oder aus verschiedenen Ehen stammen, gleiche Ansprüche pro rata an dessen Vermögen haben.

6) Was den ersten Ehekindern vom überlebenden Parens bei Eingehung einer weiteren Ehe als Erbschaft des verstorbenen Elterntheiles (als Vater- oder Muttergut) zugetheilt wurde, kann kein Gegenstand der Collation für die Kinder zweiter Ehe werden, weil dieses nicht aus dem Vermögen des in weitere Ehe getretenen Parens herrührt.

Wurde indeß der treffende Betrag nicht durch ein Inventar förmlich ausgeschieden, sondern nur durch ein Uebereinkommen zwischen den etwa großjährigen Kindern und dem zur weiteren Ehe schreitenden Parens festgesetzt, und zeigt es sich, daß unter diesem Betrag auch noch Vermögenstheile dieses Parens waren, so können diese als Conferenden-Posten zur zweiten Ehe in Anspruch genommen werden, so lange sie nicht den erstehlichen Kindern nach M. L. R. Tit. XVII. § 1 und 12 *geschenkt* wurden. Die Eltern können zwar ein Kind vor dem andern bevorzugen, und in diesem Falle nur das in II. Ehe bringen, worauf

---

besteht, wovon jedes Kind 7000 fl. erhält, während die Mutter, obgleich zu einem gleichen Erbtheil berufen, nur 4000 fl. empfing. Das Kind A hat alsdann zu dem bereits empfangenen Voraus zu 4000 fl. aus dem Nachlaß noch 3000 fl., das Kind B aber zu seinem Voraus von 2000 fl. aus dem Nachlasse noch 5000 fl. zu erhalten. Diese Bestimmung geht aus dem gemeinem Rechte (l. 12 C. [3. 38]) hervor, und ist in verwandten Landrechten, z. B. der Frankf. Reform. Thl. VI. Tit. 5 § 1. 2., Würtemb. L. R. conf. Harprecht de cons. nr. 86 ebenfalls anerkannt. Treffen daher Kinder mit anderen Erben oder mit den Eltern bei der Erbtheilung zusammen, so ist eine doppelte Erbtheilung vorzunehmen, eine allgemeine unter sämmtlichen Erben einschlüssig der Kinder, und eine besondere unter den Kindern mit Berücksichtigung ihrer Collationspflicht.

sie nicht bereits verzichtet haben, allein solche Handlungen der Freigebigkeit werden nicht vermuthet, weil das Gesetz eine gleiche Liebe der Eltern zu allen ihren Kindern, ob sie aus einer, oder aus verschiedenen Ehen stammen, voraussetzt. (Erk. des Rev.-G. vom 12. Juni 1799, J. S. Klug gegen Fischer.)

7) Die Frage, ob, wenn eine Ausstattung in einer speciellen Sache angewiesen wurde, dennoch entgegen § 1 Tit. XVII. des M. L. R. conferirt werden müsse, läßt sich nur aus dem Zusammenhalt dieser Gesetzesstelle mit § 2 und mit dem gemeinen Rechte lösen. Sowie das prätorische Edikt das Rückbringen der dos von Seiten der Haustochter angeordnet hat, so ist dieses durch l. 17 C. (6. 20) auch in Bezug auf die männlichen Descendenten bestimmt, und zwar bezüglich der Schenkung wegen der Hochzeit (donatio propter nuptias). Diese Collation der Mitgift soll bei der Beerbung eines jeden Ascendenten ohne alle Rücksicht auf väterliche Gewalt stattfinden, wenn nur der gerade zu beerbende Ascendent die fragliche Mitgift bestellt hat. (Glück, Com. Bd. XI. S. 35.) Diesen Anordnungen ist auch die Bestimmung des M. L. R. Tit. XVII. § 1 u. 2 nichts weniger als entgegen. Wurde also z. B. bei einer um einen bestimmten Preis an ein Kind geschehenen Gutsübergabe an eine Tochter, von den Eltern festgesetzt, daß sich der Gutsübernehmer eine bestimmte Summe als Mitgift (Heimsteuer, Morgengabe, Heirathsgut ꝛc. ꝛc. wie es gewöhnlich genannt wird) in Abzug bringen dürfe, so ist hier allerdings etwas Bestimmtes von den Eltern angewiesen worden, allein es muß zur Erläuterung des hieraus entstehenden Verhältnisses die fragliche Stelle (§ 2) des M. L. R., um ihren Sinn richtig zu erfassen, mit dem Vorausgehenden zusammengehalten werden, wo von der Erbfolge durch Testament die Rede ist. In Vergleichung damit ist durch das Statut nur gesagt, daß, wenn einem Testamentserben ein Gut, Haus, Geld ꝛc. besonders angewiesen, sofort als resp. Prälegat ausgesetzt ist, dieses, soferne dadurch der Pflichttheil der übrigen Erben nicht geschmälert wurde, ausnahmsweise nicht conferirt zu werden braucht. Diese auch dem gemeinen Rechte entsprechende Bestimmung beruht auf dem Willen des Testators, diesen oder jenen Erben besonders zu bedenken, während der als Regel geltenden Pflicht der Collation unter Descendenten die Vermuthung zu Grunde liegt, daß der verstorbene Ascendent wegen der gleichen Liebe, welche bei den Eltern gegen ihre Kindern vorausgesetzt wird, keines derselben habe begünstigen wollen. Bei einer Gutsübergabe [1]) mit Bestimmung einer Heimsteuer ist aber von einer testamentarischen Erbfolge, also auch von den Voraussetzungen des Statuts, keine Rede, noch läßt sich daraus der Wille der Eltern entnehmen, daß sie den Gutsübernehmer vor den übrigen Kindern hätten begünstigen wollen, namentlich, wenn sie zur Zeit des Vertrages sich bei hinreichendem Vermögen befanden, um die Heimsteuer in der fraglichen Größe ohne Beschädigung ihrer anderen Kinder bestimmen zu können. Wenn daher auch die Ausstattung in besonders benannten Sachen ausgesetzt wurde, so muß sie doch conferirt werden, auch wenn dabei eine Verletzung des

---

[1]) Der Gutsübergabspreis an und für sich unterliegt der Collation in der eigentlichen Bedeutung des Wortes nicht, sondern er ist, soweit er beim Tode der Eltern noch aussteht, eine gewöhnliche Forderung der Nachlaßmasse, welche der Gutsübernehmer unter allen Umständen bezahlen muß, ob er Erbe sein will, oder nicht.

Pflichttheiles nicht in Frage ist. Letzterer Umstand, nämlich die Verletzung des Pflichttheils, kann jedoch selbst dann die Collation bedingen, wenn sich der Ausgestattete der Erbschaft entschlagen hat. (A. G. E. vom 18. August 1849, Nr. 1289. — Erk. des Rev.-G. vom 15. September 1787, J. S. Werlein gegen Ehemannt.)

8) Was von der Ausstattung selbst gilt, gilt auch von der Vermehrung derselben (augmentum dotis), welche sich vorzüglich dadurch charakterisirt, daß darüber kein besonderer Vertrag — etwa ein Darlehensvertrag — geschlossen wird, sondern das Gegebene als eine freiwillige Beihülfe der Eltern zum besseren Auskommen der Kinder erscheint. Diese Beihülfe ist zwar keine eigentliche Heimsteuer, im strengen Sinne der dos, jedoch gehört sie dazu ebensogut, als z. B. die Ausfertigung, welche den Kindern an Kostbarkeiten mitgegeben wird. Nach gemeinem, sowie nach M. L. R. Tit. XVII. § 2 unterliegt es keinem Zweifel, daß derartige Vermehrungen gleich der Ausstattung conferirt werden müssen, wenn sie nach § 1 bei Lebzeiten der Eltern von diesen gegeben wurden, allein beide Rechte setzen voraus, daß derjenige, welcher conferiren soll, auch Erbe sein will. Will er sich mit dem begnügen, was er bereits hat, so fällt die beabsichtigte Gleichstellung unter den sämmtlichen Descendenten hinweg, und daher mit dem Grund auch das Gesetz selbst. Dahin ist auch nach Tit. XVII. § 13 das Geld zu rechnen, welches die Kinder von ihren Eltern zum Betriebsanfang eines Gewerbes, oder nach § 3 zur Erlernung einer Kunst rc. erhalten haben, und es kann damit auch nicht von den antretenden Erben gegen die, die Erbschaft ausschlagenden Erben compensirt werden, wenn die letzteren an die Erbmasse eine Forderung erheben. (Erk. des Rev.-G. vom 17. Januar 1792, J. S. Allemann gegen Schemel. — Erk. des Rev.-G. vom 15. Dezember 1783, J. S. Heigemer Erben gegen Halm.)

§ 302.

b) Collation der übrigen Aufwendungen der Eltern.

I. Die vorzüglichste Stelle unter dem Aufwande der Eltern für die Kinder nehmen die Erziehungskosten ein, wozu auch jene für die Ausbildung in einem der Wahl der Eltern überlassenen Fache gehören.

Wurden diese aus dem den Kindern gehörigen Vermögen, oder aus dem den Eltern daran zustehenden Nutzgenusse bestritten, so kommen sie im ersteren Falle nach Tit. XVII. § 1 des M. L. R. nicht aus dem Vermögen der Eltern, im letzteren Falle sind sie nach Tit. VII. § 3 des M. L. R. eine auf dem Nutzgenusse ruhende Last, und die Eltern können dann ihre Collation auch nicht anordnen. (§ 179.)

Außerdem gelten über die Collation der Erziehungs-, namentlich der Studierkosten folgende Grundsätze:

1) Die Alimentationspflicht der Eltern kann nicht die Verbindlichkeit enthalten, das Kind an einem fremden Orte, an welchem es sich zum Zwecke seiner Ausbildung befindet, ohne Aufrechnung zu ernähren, was jedenfalls viel mehr kosten muß, als die Verpflegung des Kindes im elterlichen Hause. Während in Tit. XVII. § 11 des M. L. R. offenbar und nach deutlichem Wortlaute von der nicht zu conferirenden Kleidung und Nahrung im elterlichen Hause die Sprache ist, wird

in § 4 von den Kosten dieser Bedürfnisse in der Fremde gehandelt. Dieser § 4 ist eine Fortsetzung des § 3, welcher von den auf Verlangen der Eltern zu conferirenden besonderen Ausbildungskosten handelt, und indem gesagt wird, daß das Kind lediglich zu conferiren schuldig sei, was es in der Fremde mehr gekostet, als wenn es zu Hause geblieben wäre, so sind hier offenbar die Kosten für Kleidung, Nahrung und Wohnung gemeint, und solche dadurch als Qualificirungskosten erklärt; denn nur bezüglich dieser macht es einen Unterschied, ob das Kind zu Hause ist, oder nicht. Die Kosten für Unterricht, Bücher und dergleichen unmittelbare Ausbildungskosten sind dieselben, ob die Eltern am Orte der Bildungsanstalt wohnen, und daher das Kind im Hause behalten können, oder nicht. Dagegen muß das Kind vom Lande, welches eine Unterrichtsanstalt in der Stadt besucht, schon bessere Kleidung als zu Hause tragen; das Kostgeld, das für das Kind bezahlt werden muß, beträgt natürlich mehr, als die Verköstigung im Hause der Eltern erfordert haben würde, und die Wohnung, welche gleichfalls bezahlt werden muß, würde zu Hause den Eltern gar nichts gekostet haben.

Obgleich daher Kost, Wohnung und Kleidung nach Tit. XVII. § 11 zu den sog. natürlichen Alimenten gehören, deren Collation von den Eltern nicht gefordert werden kann, so gehen sie doch in die sog. bürgerlichen Alimente über, sobald sie auswärts bestritten werden müssen, und ihre Collation ist dann nach § 4 insoweit zulässig, als dadurch die im elterlichen Hause nöthigen Kosten überstiegen würden. (O. A. G. E. vom 30. September 1856, Nr. 324. — A. G. E. vom 30. November 1855, Nr. 103.)

Bei der Collationspflicht macht es auch keinen Unterschied, ob die Kinder das Gegebene im Sinne der Eltern zu ihrer Bildung anwenden, oder ob sie es vergeuden, ob die Alimente in der Jugend der Kinder verabreicht werden, oder zu einer Zeit, in welcher die Kinder bereits in der Lage sein könnten, für sich selbst zu sorgen, denn die Alimentationspflicht ist nicht durch Alter des Berechtigten, und Anwendung des Gegebenen, sondern nur durch das Bedürfniß, und dessen mäßiges Maas bedingt. (E. des Rev.-G. vom 19. Mai 1769, J. S. Lamerz gegen Lamerz.)

2) Der Umstand, daß die Eltern ein Kind zu einem besonderen, höhere Kosten veranlassenden Berufe, z. B. zum Studium, bestimmt haben, begreift in sich keinen Verzicht der Eltern auf die aufgewendeten Kosten. Die rechtliche Stellung der Eltern zu ihren Kindern, ihre Pflicht und ihr Recht, für deren Bestes zu sorgen, ohne ihre Maßregeln dem Willen und der Ansicht der Kinder unterordnen zu müssen, welche — zumal in der Zeit, wo es sich um die Wahl eines Berufes handelt — noch nicht das gehörige Alter und die nöthige Einsicht besitzen, um in dieser Hinsicht selbstständig handeln zu können, bringt es mit sich, daß vorzüglich der Wille der Eltern zu entscheiden hat, und in einer solchen Entscheidung kann der Verzicht auf die Ausbildungskosten nicht gefunden werden, da die Eltern dabei nicht aus besonderer Großmuth, sondern in Ausübung einer Pflicht handeln, wobei sie die körperlichen und geistigen Eigenschaften der Kinder in Erwägung ziehen. Gleichwie diese Wahl des Berufes in der Erwägung der Eltern liegt, so stellt es auch das M. L. R. Tit. XVII. § 3 u. 4 lediglich dem Willen der Eltern anheim, ob die Qualificirungskosten, d. h. die Kosten zur Ausbildung zu einem besonderen Beruf, zu

conferiren seien, oder nicht[1]), von der richtigen Ansicht ausgehend, daß die Frage, ob die Collation von Billigkeitsrücksichten gegen die übrigen Kinder gefordert werde, am besten von den Eltern beantwortet werden könne und wolle. Der Beweis, daß die Eltern diese Anordnung getroffen haben, trifft jene, welche sich darauf berufen.

3) Die Größe der Collationsposten kann aus den elterlichen Aufzeichnungen nach Tit. I. § 8 des M. L. R. bewiesen werden, der Umstand, daß die Eltern damit die Collation anordnen wollten, läßt sich aber aus solchen Aufzeichnungen allein nicht folgern, denn sie können auch zu anderen Zwecken, z. B. zur Uebersicht der häuslichen Ausgaben, und zur eigenen Kenntniß der Eltern gemacht worden sein. Nach gemeinem Rechte (l. 20 C. [6. 20], l. 35 § 2 C. [3. 28], l. 11 C. [2. 19]), steht es allerdings fest, daß die Anordnung der Collation solcher Auslagen entweder sogleich mit der Hingabe an das Kind, oder in einem rechtsgültigen Testament geschehen müsse, allein das M. L. R. hat in Tit. XVII. § 3 u. 4 diese gemeinrechtlichen Sätze aufgehoben, indem es dazu keine besondere Form vorschreibt, sondern es genügen läßt, wenn nur die Eltern die Collation ausdrücklich angeordnet haben, so daß die Collationspflicht also auch aus Vermuthungen geschöpft werden soll. Ist dieses bewiesen, so steht dem Collationspflichtigen nach § 4 zu seinem Schutze frei, darzuthun, daß die Kosten seiner Alimente ebensoviel, oder wie viel weniger betragen hätten, wenn er zu Hause geblieben wäre[2]).

Selbst wenn der Erblasser, zu dessen Nachlaßmasse conferirt werden muß, ein Testament hinterlassen, und darin nicht nur der Collationspflicht keine Erwähnung gethan, sondern den Collationspflichtigen sogar zu gleichen Theilen mit seinen Geschwistern zum Erben eingesetzt hat, erscheint die Collationspflicht nach M. L. R. nicht erlassen, weil dieselbe ebensogut bei der Erbfolge ab intestato als bei der testamentarischen Erbfolge stattfindet, und nicht blos auf den Bestimmungen des Testamentes, sondern auf gesetzlichen oder willkührlichen früheren Anordnungen beruht. Nur dann gilt die Collation im Testamente erlassen, wenn der Erbe auf eine bestimmte Sache allein eingesetzt ist. (M. L. R. Tit. XVII. § 1. 5. — A. G. E. vom 30. November 1855, Nr. 103. — Erk. des Rev.-G. vom 19. Mai 1769, J. S. Lamerz gegen Lamerz.)

II. Was zum Etablissement eines der Miterben verwendet worden ist, muß nach Tit. XVII. § 13 conferirt werden.

Unter Etablissements-Kosten versteht das Gesetz aber das nicht, was zur Heirath mitgegeben wird, denn was hierauf Bezug hat, ist in § 2 des Statuts berührt, sondern es begreift darunter jene Auslagen, welche zur Ausübung eines Gewerbes oder eines Handels erforderlich sind,

---

[1]) Die übrigen Geschwister können sich daher wegen der auf ihre Mitgeschwister verwendeten Erziehungskosten nicht beschweren, und wegen derselben weder einen Ersatz noch einen Voraus verlangen, selbst wenn diese Kosten noch so groß gewesen wären, solange nicht die Eltern deren Collation angeordnet haben.

[2]) Nach einer Entscheidung des k. O. A. G. vom 30. September 1856, Nr. 324 gehört es zur Begründung der Klage, darzuthun, wie viel mehr ein Kind in der Fremde als zu Hause gekostet hat, weil nach Tit. XVII. § 4 des M. L. R. nur dieses Mehr Gegenstand einer gegründeten Forderung sein kann, da das Gesetz den Eltern zwar gestattet, den Kindern eine Collation da, wo sie gesetzlich statthaft wäre, zu erlassen, keineswegs aber sie in Bezug auf die Collationspflicht — der gesetzlichen Vorschrift über die Art der Collation entgegen — zu überbürden.

Kosten der Meisterschaft, Werkzeuge, Instrumente ꝛc. ꝛc. Es kann hierher auch gerechnet werden, was zur Befreiung vom Militär durch Stellung eines Ersatzmannes aufgewendet wird, wenn dieses geschieht, um die Begründung eines Hausstandes oder eine Heirath dem Kinde zu ermöglichen. Außerdem bewirkt zwar an und für sich die Befreiung von der lästigen Pflicht des Militärdienstes keinen Vermögensvortheil des betreffenden Sohnes, sondern nur seine Gleichstellung mit einer Schwester (O. A. G. E. vom 11. November 1845, Nr. 148 42/43), allein nach M. L. R. Tit. XVII. § 15 Abs. 1 kann der Zweck der Befreiung vom Militär die Collationspflicht nicht aufheben, wenn es nicht zum eignen Vortheile der Eltern oder Geschwister selbst geschah, z. B. wegen Besorgung des Hauswesens ꝛc.

III. Mäßige Geschenke [1]) und jedenfalls nur solche, wodurch der Pflichttheil der übrigen Miterben nicht verkürzt wird, sind nach Tit. XVII. § 10 von der Collation frei.

Nach gemeinem Rechte (l. 20 pr. § 1 C. [6. 20], l. 18 C. [3. 36]) befreit eine reine Schenkung nur dann von der Collationspflicht, wenn nicht mit dem Beschenkten auch Miterben concurriren, welche eine erhaltene Ausstattung conferiren müssen. Dieses muß auch nach M. L. R. angenommen werden, da nach dem Marginale nur mäßige [2]) Geschenke, also etwa Geschenke aus besonderen Veranlassungen, z. B. am Namenstag, unter dem Gesetze gemeint sein können [3]). Geschenke neben der Ausstattung deuten jedenfalls auf die Absicht des Gebers, daß diese von der Collation frei sein sollen. Schenkungen von Todeswegen brauchen nach Tit. XVII. § 1. 5 ohnedieß nicht conferirt zu werden, da sie Singularsuccessionen sind, und den Legaten gleichstehen (§ 224). Damit stimmt auch das gemeine Recht überein. (l. 39 § 1 D. [10. 2], l. 1 § 19, l. 10. 16 D. de Coll. [37. 6].)

IV. Conferirt wird blos das ursprünglich Empfangene, oder dessen Preis zur Zeit des Empfangs, der daraus gezogene Genuß, Zinsen und Gewinn werden nicht conferirt. (M. L. R. Tit. XVII. § 6. 8. 12.) Hätte z. B. der Vater ein Gut einem seiner Kinder um einen geringen Preis verkauft [4]), so ist dieses allerdings als eine indirekte Begünstigung

---

[1]) Auch fortgesetzte kleinere Geschenke können dadurch unmäßige Schenkungen werden. Remuneratorische Schenkungen zur Entschädigung für geleistete Dienste ꝛc. ꝛc. sind von der Collation ausgenommen, wenn sie den Diensten entsprechen (l. 27. 34 § 1 D. [39. 5]), denn sie sind absolut unwiderruflich; es müssen aber Dienste sein, wozu nicht blos kindliche Pflicht verbindet.

[2]) Durch die Bemerkung des Marginale „mäßige Geschenke" ist jedenfalls auch angedeutet, daß dem Richter eine Heruntersetzung dieser Geschenke zusteht, auch wenn der Pflichttheil der Geschwister des Beschenkten nicht verkürzt ist, sobald der Eltern Verhältnisse ein Unmaß erkennen lassen. (Vergl. Fr. Ref. Thl. VI. Tit. V. § 3 „da aber die Eltern in ihrem Leben sonst den Kindern gemeine, und keine übermäßige, kostbarliche Schenkungen, als: den Töchtern an Kleidung, Geschmuck, Verehrungen in ihre Kindbett u. d. g. um ihren gehorsamen Dienst, und Wohlhaltens willen gethan hätten, die sollen die Kinder einzuwerfen nicht schuldig sein".)

[3]) Geschenke sind auch jedenfalls dann zu conferiren, wenn bei der Hingabe bestimmt wurde, daß sie auf den Pflichttheil angerechnet werden sollen, wiewohl der Beschenkte nicht auf den Pflichttheil gesetzt worden ist, oder wenn bei der Hingabe überhaupt die Absicht der Collationspflicht zu erkennen gegeben wurde. Es folgt dieses aus l. 20 C. (6. 20) — l. 25 D. (3. 2) — l. 35 § 2 C. (3. 28), obgleich das Statut in § 10 einen Unterschied bei Schenkungen nicht hervorgehoben hat.

[4]) Der Kaufschilling selbst ist aber kein eigentliches Conferendum, sondern eine Schuld, die zwar zu dem Nachlasse eingeworfen werden muß, deren sich

nach l. 38 D. (18. 1), sowie nach der Natur der Sache anzusehen, allein es ist dieses nicht verboten, solange der Pflichttheil nicht verletzt wird. (Tit. XVII. § 10 des M. L. R.) Nur von dem Tage der eröffneten Succession an müssen Früchte und Zinsen der Gegenstände, die der Collation unterworfen sind, vergütet werden, weil von da an letztere wieder zum Nachlaß gehören, und alle Renten der Erbmasse den Erben gleichmäßig zu gut kommen. (l. 9 C. [3. 36].)

V. Was die Eltern für ihre Kinder aus einer Bürgschaft geleistet, oder für Schulden derselben bezahlt haben, müssen die Kinder conferiren. (M. L. R. Tit. XVII. § 14. — Erk. des Rev.-G. vom 29. März 1784, J. S. Schlender gegen Schlender.)

Hat der Verstorbene einem seiner Kinder Geld gegeben, um ein Grundstück damit anzukaufen, so muß der Erbe das Geld, und nicht das Grundstück selbst conferiren, denn es ist selbstverständlich, daß das Grundstück dem Käufer gehört, nebst dem etwa damit gemachten Gewinn oder Verlust.

Für die Verneinung der Frage, ob die oben angegebenen Regeln wegen der Collation bezahlter Schulden auch auf minderjährige Kinder Anwendung finden könne, wenn z. B. der Vater für seinen studirenden Sohn Schulden bezahlt hat, welche nach dem S. Ct. Macedonianum nicht hätten geltend gemacht werden können, läßt sich anführen, daß ein Kind blos für die Zahlung jener Schulden collationspflichtig sein könne, wegen welcher es von seinem Gläubiger wirksam gerichtlich hätte belangt werden können, und daß es unvernünftig sein würde, wenn ein Vater das Kind bezüglich der künftigen Erbschaft, und rücksichtlich einer Schuld durch die Collation verbindlich machen könnte, welche Schuld für das Kind seinem ursprünglichen Gläubiger gegenüber nicht verbindlich war. Der Vater oder die Mutter könnten nicht einmal als negotiorum gestor des Kindes erachtet werden, und aller Vorsichtsmaßregeln ungeachtet, welche die Gesetze ergreifen, um dem Kinde sein Vermögen zu erhalten, könnte das Kind auf diese Weise durch seine eigenen Eltern zu Grunde gerichtet werden.

Im Allgemeinen haben auf die Lösung der vorwürfigen Frage die gemeinrechtlichen Bestimmungen über das S. Ct. Macedonianum Einfluß. Was aber die Rückbringung der elterlichen Leistung zur Nachlaßmasse betrifft, so ist diese Leistung, soferne die Schulden für die Kinder rechtsverbindlich waren, wenn die Eltern über ihre Pflicht hinausgegangen sind, entweder eine Schenkung, wofür die Kinder nach § 10 des Statuts nicht unbedingt aufzukommen haben, oder wenn diese nicht angenommen werden kann, ein darlehensweiser Vorschuß, wegen dessen die Eltern in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten, und welcher von den Kindern als Schuld an die Erbschaft herausgezahlt werden muß (selbst wenn der den Kindern zugedachte Pflichttheil weniger betragen sollte), aber nicht im eigentlichen Sinne zu conferiren ist.

Was in Tit. XVII. § 14 des M. L. R. von Leistungen der Eltern für ihre Kinder gesagt ist, kann daher nur auf Verbindlichkeiten der letzteren bezogen werden, welche sie während ihrer Großjährigkeit,

---

jedoch der Käufer nicht durch Verzicht auf die Erbschaft entschlagen kann. Nur die Differenz zwischen dem wahren Werth und dem Kaufpreis des Objektes kann Gegenstand der Collation werden.

resp. in vollkommen rechtsverbindlicher Weise eingegangen hatten, da durch Erfüllung einer Nichtschuld der Kinder diesen auch kein Vermögensvortheil zuwächst, welcher zur Rückbringung zum Nachlaß der Eltern, sei es als eigentliches Conferendum oder als Abtragung einer gewöhnlichen Schuld verpflichten würde [1]).

VI. Nach Tit. XVII. § 12 des M. L. R. ist in dem Falle, wo die Eltern einem Kinde ein Gut in einem Anschlage unter dem zur Zeit der Theilung bestehenden Werthe übergeben haben, eine Schenkung bezüglich dieses Mehrwerthes anzunehmen, und es soll diese Uebergabe nur insoweit beanstandet werden können, als der Pflichttheil dadurch verletzt wird. (A. G. E. vom 1. September 1846, Nr. 2942.)

§ 303.

III. Wem wird conferirt.

Nach dem Angegebenen hat die Collation an die Erbschaft desjenigen zu geschehen, von welchem das voraus Empfangene herrührt. Jeder Erbe hat nur seinen Miterben, welche gleich ihm Descendenten sind, zu conferiren; den anderen Erben ist daher aus der Erbmasse ihr Erbtheil zuzutheilen, bevor die Conferenden-Posten in die Nachlaßmasse eingelegt werden (S. 658 n. 2). Dieses muß übrigens auch schon aus dem Grunde geschehen, weil die Collation nur zur Gleichstellung der Descendenten geschieht, und daher weder von den Vermächtnißnehmern noch von den Erbschaftsgläubigern gefordert werden darf, indem diese, sowie alle Erben außer den Kindern nie einen Vortheil daraus zu ziehen befugt sind.

In Bezug auf die übrigen Erben und Gläubiger des Nachlasses bleibt das vom Erblasser zu seinen Lebzeiten Gegebene unwiderruflich, und was er weggegeben hat, bleibt für dieselben aus seinem Vermögen.

§ 304.

IV. Art der Collation.

Der Erbe ist von der Eröffnung der Erbschaft an wegen seiner Collationspflicht der Nachlaßmasse gegenüber Schuldner einer Summe, welche die gegebene Baarsumme oder den Werth des Objektes zur Zeit des Empfanges repräsentirt. (M. L. R. Tit. XVII. § 6.) Ebensoviel dürfen sich die Erben vorabziehen. Das Conferiren ist also weniger ein Rückbringen, als ein Aufrechnen. Liegenschaften können aber auch in natura restituirt werden, ebenso Sachen jeder Art, wenn sie im Werthe nicht verringert wurden.

Bei der Rückgabe in Natur gebührt Vergütung für die Kosten, durch welche die Sache verbessert wurde, und zwar nach dem Verhältniß,

---

[1]) Die Frankf. Reform. sagt in Thl. VI. Tit. V. § 5: „doch da sich befände, daß die Söhne solchen zum Studio oder sonst auf sie gewendeten Unkosten übel angelegt, ... dadurch auch viele Schulden, so die Eltern folgendes für sie bezahlen müssen, gemacht hatten, so sollen sie solches ihnen in der Erbtheilung abziehen zu lassen schuldig sein“.

Auch hier ist also nur von Schulden die Rede, gegen deren Bezahlung sich weder die Kinder noch die Eltern durch das S. Ct. Macedonianum oder die an vielen Orten, namentlich an Universitäten bestehenden sog. Creditgesetze schützen können.

in welchem ihr Werth bei der Theilung erhöht ist. (l. 1. pr. § 12 D. [37. 6]. — l. 5. C. [6. 20].)

§ 305.

Die Collationspflicht hört auf:

1) Wenn der Grund derselben, nämlich die Verhütung der Ungleichheit der Erbtheile hinwegfällt, indem alle Descendenten gleichen Voraus empfangen haben, oder wenn der Empfänger sich damit begnügt, und nicht erben will.

2) Wenn das Vorempfangene ganz oder zum Theil ohne Schuld des Erben vor der Collation zu Grund gegangen, oder aus Noth veräußert worden ist, und der Erlös sich nicht mehr im Vermögen des Erben befindet, dann ist derselbe ganz, oder soweit er nicht mehr bereichert ist, von der Collation frei. (l. 1 § 23, l. 2 § 2, l. 4 D. [37. 7].) Ebenso wenn Schulden darauf aus Noth gemacht worden sind. (l. 6. C (6. 20].)

Damit aber die nothwendige Veräußerung diese Wirkung habe, wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Erbe keine andere Güter habe. Ein solcher unverschuldeter Verlust ist es, wenn die Tochter wegen Armuth ihres Mannes ihr sonst collationspflichtiges Heurathgut nicht zurückfordern kann (l. 1 § 6 D. [37. 7], l. 5 C. [6. 20], Nov. 97 cap. 7), und diese Freiheit genießt auch ihr Kind. Das M. L. R. hat diesen Fall des Erlöschens der Collationspflicht zwar nicht erwähnt, aber auch nicht ausgeschlossen.

3) Wenn der Erblasser unbeschadet des Pflichttheiles die Collation verboten oder erlassen hat (Nov. 18 cap. 6), welches außer dessen ausdrücklicher Erklärung auch dadurch erwiesen wird, wenn der Vater zwischen seinen Kindern eine Abtheilung (S. 483) gemacht, also jedem etwas Bestimmtes zugetheilt hat. (M. L. R. Tit. XVII. § 1. 5.)

Außerdem muß ein ausdrücklicher Erlaß bei jenen Conferrenden, welche das Gesetz befiehlt, um so mehr gefordert werden, als andere Posten nur dann der Collation unterliegen, wenn dieses der Geber ausdrücklich angeordnet hat. (M. L. R. Tit. XVII. § 3.)

Titulus XVIII.

Wie die Güter deren Pupillen, Minorennen, abwesender und verschuldeter Personen zu veräußern.

§ 1.

Wie Pupillen- und dergleichen Güter zu veräußern.

„Kauf und andere Contracte können gemacht werden, „wann und wo die Paciscenten wollen, falls es aber minorenner, abwesender, Verschwender, oder verschuldeter Leuten „Güter oder Häuser beträfe, da sich in Ansehung derer „letzterer ein concursus creditorum ereignet, oder allem Ansehen nach in kurzem ergeben könnte, oder würde, soll nichts „als öffentlich und gerichtlich verkauft."

Wie die nicht theilbaren Sachen zu verkaufen.

„Eben also soll es auch mit denen sich nicht theilen „lassenden Grundstücken und Häusern, wann einer, so daran „Theil hat, ad divisionem oder zu derselben Verkaufung „provociret, gehalten werden."

§ 2.

Was das Gericht vor wirklichem Verkauf zu beobachten.

„So oft etwas liegendes, es seien Häuser, Haus-Plätz, „oder Feldgüter, Zehenden, Pfächte, oder dergleichen versteigert wird, soll dieses auf drei besondern Terminen, „wenigstens jeden von 14 Tägen öffentlich durch den Orts-„Schultheißen vor dem Rathhaus, oder an sonst gewöhnlichem „Ort allemal abgekündiget, auch in benachbarten Orten behöriger Weiß bekannt gemacht werden, nachdem die Gemeind „mit dem Glockenklang dazu berufen, oder die Sach sonst „öffentlich verkündiget worden."

„Wann diese drei Terminen vorbei, soll alsdann auf „einen hiezu zu bestimmenden Tag das feil stehende zu bequemer Tagzeit, in Gegenwart aller auf dem Rathhaus „alsdann anwesender Personen, gesteigert, und endlich dem „meistbietenden (wann niemand ein mehreres dafür zu geben „sich entschließen wollte) zugeschlagen werden, wobei jedoch „der bishero verspürte Mißbrauch, ein Gut oder Grundstück „mit Lichter oder Kerzen zu verkaufen, ein vor allemal „gänzlich abgestellt bleibet, auch denen Gerichts-Personen

Verkauf bei Lichter-aufstecken.

Wie auch Zechen und dessen Bedingung seind verboten.

„einige Zech, es seie an Wein, Bier, Branntwein, oder „sonsten dem Käufer oder Verkäufer anzusetzen, oder mit„einzubedingen keineswegs gestattet, vielweniger auf die zu „versteigernde Sachen, Wein oder sonstiges Getränk zu bieten „erlaubt, sondern Alles dieses hiemit ausdrücklich und bei „willkührlicher Straf nebst Erstattung des doppelten Ersatzes, „verboten sein solle."

§ 3.

Wo und wie die Versteigerungen zu verkünden.

„Sollen wenigstens, wie oben gemeldet, dreien in der „Nähe gelegenen churmainzischen Flecken oder Städten solche „öffentlich feil stehende Güter und die dießfalls vorseiende Ver„steigerung und der Termin zeitlich kund gemacht werden, „damit die dasiger Orten befindliche Obrigkeit ebenfalls die „nemliche Terminen publiciren, wie oben in § 2 zu sehen, „mithin sich die zu Kaufen Lust Habende in dem letzten Termin „bei dem aussteigenden Gericht anmelden, auch sich vorher „über der Güter Beschaffenheit erkundigen können."

§ 4.

Wann weitere Terminen anzuberaumen.

„Wann dieses alles beobachtet worden, und dem Ge„richt doch etwan bedunken wollte, daß das letzte Gebot, nach „vorhero in der Still gemachten Taxation, noch nicht hin„länglich wäre, so solle alsdann und auf solchen Fall nichts „destoweniger dem Gericht gleichwohlen frei und unbenommen „sein, annoch einen weitern, auch allenfalls, und nach Befund „deren Umständen, mehrere Versteigerungs-Terminen an„zusetzen; Wann aber das licitirte Grundstück solchemnach „rechtlich zugeschlagen wird, so solle alsdann der Käufer „hernachmals mit keiner Exception laessionis enormis, aut „enormissimae, das ist einer vorgeschützten großen, oder auch „größten Verletzung, können anempfohlen werden."

Bei Licitationen hat Exceptio laessionis nicht statt.

§ 5.

Der Kaufschilling soll in Zeit 4 Wochen erlegt werden.

„Wie nun dergleichen Gut oder Grundstück dem Meist„bietenden zugeschlagen worden, solle selbiger schuldig sein, „das licitirte Kauf-pretium längstens innerhalb 4 Wochen „zu erlegen."

Was bei Gestattung längern Zahlungs-Termin zu thun.

„Da aber bei sothaner Versteigerung zur Bezahlung des „Kauf-pretii ein längerer Termin, als die bemelte 4 Wo„chen, bedungen und gestattet wäre, hätte selbiger alsdann „zur Sicherheit des Verkäufers auf allen Fall wegen des „besorgenden pretii quanti minoris eine hinreichende Caution, „zu Bezahlung des licitirten pretii nach Ermessen, und de„terminirung des Richters zu stellen."

§ 6.

Minorennen Güter sind

„Es ist auch kein Vormund befugt, ohne schriftliche „Einwilligung des Gerichts, auf der Minorennen Güter Geld

ohne gerichtlichen Consens nicht zu verkaufen.

„zu entlehnen, oder aufzunehmen, noch auch etwas zu ver-„tauschen, noch liegende Güter anstatt schuldiger Zahlung „denen Creditoren zu übergeben."

§ 7.

Was der Richter diessfalls vorzukehren habe.

„Wann aber der Richter zu einer Veräußerung ein-„willigen will, so ist darauf zu sehen, ob der Creditor oder „Gläubiger auf seine Bezahlung dringe, und sonsten nichts „vorhanden seie, womit die Kinder zahlen können, oder ob nicht „sonsten Geld zulehnen seie auf daß die andringenden Gläubiger „damit befriediget werden mögten; Wären aber deren Schulden „so viele, daß nebst des Kinds und der Güter nöthigen Unter-„halt kein Nutzen aus denen Gütern zu erschwingen, so kann „nach vorheriger genugsamer der Sachen Untersuchung und „reiflichen gerichtlichen Ueberlegung alsdann hierinnen ver-„fahren werden, wie es denen Minorennen oder Pfleg-Kinder „am vortheilhaftigsten zu sein befunden werden wird."

Anmerkung. Ueber die Veräußerung der Güter jener Personen, welche unter Vormundschaft oder Curatel gestellt sind, also der Minderjährigen, Abwesenden, Geisteskranken und Verschwender ist bereits in § 127 nr. 1 das Nöthige angegeben worden. Soweit aber in Tit. XVIII. die Exekutionsversteigerungen, sei es bei ausgebrochenen Concursen oder auf Antrag einzelner Gläubiger, berührt sind, erscheinen dessen Bestimmungen für Bayern durch die G. O. cap. XVIII., das Prozeßgesetz von 1857 § 87—108, und das Hypothekengesetz von 1822 § 64 aufgehoben.

Ueber Versteigerungen bei Erbtheilungen vergl. § 296 III. lit. b.

Titulus XIX.

Von Unterpfänder, Hypotheken, wie die gerichtlich ausgefertigt werden sollen.

§ 1.

Der Richter, wo die Sach gelegen, fertigt allein Hypotheken.

„Es soll keine gerichtliche Verschreibung gemacht werden, „als vor demjenigen Gericht, in dessen Gemarkung oder Ge„richts-Zwang die verpfändeten Güter gelegen."

§ 2.

Wie und durch wen.

„Auch soll keine gerichtliche Verschreibung von dem Ge„richtsschreiber allein verfertigt werden, sondern vom Gericht, „wannenhero dann eine gerichtliche Verlegung anderster nicht, „als mit Vorwissen des Gerichts geschehen, und der Be„schreibungs-Brief unter Beidruckung des Gerichts-Insiegel „und behöriger Unterschrift ausgefertigt werden solle."

§ 3.

Sollen protokollirt und verwahrt werden.

„Soll ein jedes Gericht ein besonderes Protokoll über „die Verlegungen halten, und darinnen alle verpfändete Güter, „nebst Benennung des darauf aufgenommenen Kapitals, genau „beschreiben, auch so lang darin stehen lassen, bis der Debitor „die von dem Creditore quittirte Obligation widerum bei „Gericht produciret, oder sonsten genugsam beweiset, daß er „das Kapital abgeleget, alsdann es in diesem Buch wieder „ausgestrichen werden solle."

§ 4.

Was für eine Hypothek die Weiber wegen des Heurathsgut und Zubringen haben.

„Sollen die Weiber wegen des Heurathsguts eine pri„vilegirte Hypothecam, wie in nachfolgendem Tit. XXII. „§ 3 zu sehen, sodann wegen dem übrigen Zubringen eine „tacitam, oder stillschweigende in Rechten für sie allschon „versehene Hypothek haben, es seie dann des Manns-Frau bei „Verfertigung einer jeden Obligation bei Gericht vernommen,

Wann und wie solche aufhöre.

„auch vorhero genugsam belehret, und ungezwungener aus-„gesagt, daß sie denen ihr in gemeinen Rechten und dieser „Ordnung zum guten gesetzten Beneficiis, absonderlich Dotis „et Apportatorum wissentlich und wohlbedächtlich, auch un-„gezwungen renunciire, wie oben Tit. IV. § 4 von Schulden, „so währender Ehe gemacht worden, des mehreren verordnet; „wann dieses also geschehen, so ist solches alsdann der „Obligation einzuverleiben."

§ 5.

Wann und wie ein Vormund,

und Stiefeltern gerichtlich verschreiben können.

„Sie sollen auch keine gerichtliche Verlegung oder Hy-„pothek über eines Vormünders Güter, der dem Pupillen „schuldig zu schein scheinet, noch über eines Stief-Vater oder „Stief-Mutter Güter, die ihren Vorkinder wegen des Väter-„oder Mütterlichen verhaftet seind, verfertigen, sie hätten dann „zuvor genugsames Unterpfand für diese Schulden ausgesetzet, „da alsdann, wann noch etwas mehreres übrig wäre, so „unverpfändet ist, sie darauf eine gerichtliche Verschreibung „verfertigen mögen."

§ 6.

Mehr als 5 per Cent Interesse sind nicht erlaubt.

„Von denen auf gerichtliches Unterpfand gelehnten Ka-„pitalien soll weder Jud, weder Christ mehr als höchstens „fünff pro Cento jährliche Interesse nehmen."

§ 7.

Zu was ein die Hypothek geniessender Creditor gehalten.

„Lehnete einer eine Summe Geld auf ein Haus oder „Gut, und nähme das Haus oder Gut in Genuß anstatt „der Pension, der soll dem Geld-Lehner Rechnung zu thuen „schuldig sein, und was er nach abgezogenen Unkösten und „fünff pro Cento Interesse an Kapital übrig hat, das soll „an der Haupt-Summe abgehen, dahingegen wegen denen „ausgelegten Baukösten von dem, so derlei in Genuß gehabt, „keine Interesse angerechnet werden.

§ 8.

Das vom gelehnten Geld erkaufte schaffet keine Hypothek.

„Lehnet einer einem andern eine Summ Gelds zu Er-„kaufung eines Guts, wann es in des Geld-Aufnehmers Na-„men gekauft wird, so hat er kein Unterpfand noch Vorzugs-„Recht darinnen vor anderen seines Schuldners Creditoren, „es wäre dann, daß solches ausdrücklich bedungen worden."

§ 9.

Ein Faustpfand kann wegen eines andern Kapitals zurückgehalten.

„Es kann auch der Creditor, wann ihm das schuldige „Kapital abgelegt worden, das in Händen habende Faustpfand „wegen einem andern Kapital, so ihm dieser Debitor „schuldig, zurückhalten, bis dieses Kapital sammt Interesse „abgelegt wird."

§ 10.

Fremde Sach aber nicht zum Pfand gegeben werden.

„Es hat auch ein solches Pfand keine Kraft, wann „eines Dritten sein Gut, Silber oder dergleichen versetzet „worden, und derselbe seine Sache an sich ziehete, wann es „nemlich ohne sein Wissen und Willen versetzet worden, „welchen Falls es ohnentgeltlich jedoch mit Vorbehalt des „Regressus gegen denjenigen, so solches versetzet hat, dem „Eigenthümer herausgegeben werden solle."

§ 11.

Wozu ein Debitor, so sich eines Mackler bedienet, verbunden.

„Hätte er aber ein Pfand jemanden gegeben, damit er „bei einem andern Geld darauf lehne, und er empfing das „Geld auch, und zahlte dem Mackler über eine geraume Zeit „dasselbe wieder aus, dieser aber brächte es dem Pfands-„Inhaber nicht, so mag der Verpfänder dem Creditori das „Pfand nicht abfordern; Zahlte er aber demselben das Geld, „welches er durch den Mackler empfangen, selbsten, der Mackler „aber hätte mehr aufgenommen, „als er ihm geliefert, so ist „der Geldauslehner das Pfand fahren zu lassen nicht schuldig, „es werde ihme denn zuvorderist auch das mehr aufgenommene „sammt Interesse bezahlet, jedoch hat der Hauptschuldner auf „solchen Fall an seinen Mackler den Regreß; könnte er aber „sich an diesem nicht erhohlen, so wäre ein solcher Mackler „als ein vorsätzlicher Betrüger am Leib zu strafen."

---

§ 306.

Allgemeine Rechtssätze.

Was in Tit. XXIX. § 8—11 des M. L. R. von Faustpfändern angeführt ist, bedarf einer ausführlichen Erörterung nicht, da diese Bestimmungen von selbst aus dem Grundsatze fließen, daß niemand, welcher sich im Besitze einer fremden Sache zur Sicherheit seiner Forderung befindet, schuldig ist, diese Sache früher zurückzugeben (l. 9 § 3 D. [13. 7], l. 11 § 5 D. [13. 7]), als er mit der Hauptforderung, Zinsen und Kosten vollständig befriedigt ist, mag er das Geld dem Schuldner selbst, oder durch Vermittlung eines Unterhändlers (Maklers) gegeben haben. Unterschleife des letzteren können natürlich, wenn kein Regreß an ihm zu finden ist, nur dem zum Schaden gereichen, für welchen und in wessen Auftrag derselbe gehandelt hat. Hiezu kommt noch in § 9 die Bestimmung, daß Faustpfänder nicht blos zur Sicherung jener Forderungen dienen, für welche sie speciell gegeben wurden, sondern für alle Forderungen des Gläubigers, welche er außerdem noch an den Schuldner zu machen hat. Der Gläubiger braucht das Faustpfand nicht eher aus der Hand zu geben, als bis ihm der Schuldner g a r n i c h t s m e h r zu leisten hat. Wurde von letzterem eine ihm nicht gehörige fremde Sache ohne Einwilligung ihres Eigenthümers als Pfand gegeben, so ist diese Pfandbestellung natürlich wirkungslos, weil niemand über eine fremde Sache

mit rechtlicher Wirkung verfügen kann. (l. 36 § 1, l. 16 § 1, l. 32 D. [13. 7]. — M. L. R. Tit. XIX. § 10.)

Als höchster Zinsfuß sind nach § 6 fünf Gulden vom Hundert gestattet [1]). Eine Ausnahme hievon machen jedoch nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche (§ 287) die Zinsen und Verzugszinsen bei Handelsgeschäften, welche sechs vom Hundert jährlich betragen.

Wer nach § 7 anstatt der Zinsen des vorgeliehenen Kapitales die Nutznießung der ihm verpfändeten und übergebenen Sache erhält, ist dem Schuldner wegen der daraus bezogenen Früchte und Nutzungen Rechnung abzulegen schuldig. Was nach Abzug der nöthigen Kosten [2]) und der fünfprocentigen Kapitalzinsen übrig bleibt, ist am Kapital abzurechnen, für die aufgewendeten Kosten können aber keine Zinsen berechnet werden.

Diese Bestimmung beruht auf dem gemeinen Rechte (l. 11 § 1 D. [20. 1], l. 33 D. [13. 7]), und der so errichtete Vertrag wird Pfandnutzung (antichresis — Gegennutzung) genannt.

Eine Hypothek unterscheidet sich vom Faustpfande darin, daß damit der Besitz der Sache nicht auf den Gläubiger übertragen wird.

Das M. L. R. folgt in seinem System über Hypotheken dem gemeinen Rechte. Die Erwerbung einer Hypothek erfolgt demnach:

I. Durch gesetzliche Vorschrift, sobald die Forderung selbst existirt, und zwar: a) an dem gesammten Vermögen des Schuldners — privilegirte oder stillschweigende Generalhypothek — b) an einer bestimmten Sache — Specialhypothek.

II. Durch Privatwillen.

Concurriren mehrere Pfandgläubiger, weil ihnen die Sache gemeinschaftlich ohne Angabe von Theilen verpfändet ist, so gelten darüber folgende Regeln:

1) Hat kein Gläubiger einen besonderen Vorzug, so hat jeder gleiche Rechte im Verhältnisse seiner Forderung auf die ganze Sache.

2) Reicht die Sache zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hin, so werden ihre Vorzüge bestimmt: a) durch frühere Entstehung der Hypothek, b) der Vorzug des Alters tritt zurück, wenn die Forderung ein vom Gesetze besonders privilegirtes Pfandrecht genießt, und hiebei haben die Gesetze wieder einen gewissen Rang unter den privilegirten Rechten festgesetzt [3]).

---

[1]) Vergl. Verordnung über den Zinswucher d. d. Aschaffenburg den 8. Februar 1811 (Großh. Frankf. Regsbl. Bd. I. S. 389), welche zur Ergänzung des Cod. Napol. art. 1907 gegeben wurde. Die gesetzlichen Zinsen sind hiedurch in bürgerlichen Geschäften auf 5%, in Handels- und Wechselsachen auf 6% festgesetzt.

[2]) M. L. R. Tit. XIX. § 7, l. 6 C. (8. 14.) — Glück, Com. Bd. 18 S. 177 Bd. 14 S. 67.

[3]) Das M. L. R. enthält bezüglich des Zusammentreffens mehrerer Gläubiger folgende Bestimmungen:

I. Gar nicht in den Concurs werden gezogen nach Tit. XXII. § 1 diejenigen Gläubiger, welchen das Eigenthum einer im Besitze des Schuldners befindlichen Sache zusteht, ferner das Heirathsgut der Frau, soweit es noch vorhanden ist (nicht aber deren gewöhnliches Zubringen), und die übrigen im § 1 aufgeführten Ansprüche.

II. Von der Concursmasse selbst sind zu befriedigen in folgender Rang-Ordnung:

A. In I. Klasse die besonders bevorzugten Gläubiger (Tit. XXII. § 2), welchen nach römischen Rechten das privilegium exigendi zustand, d. h. das Recht vor allen übrigen Befriedigungen aus der Masse zu verlangen.

Die Lehre über die Bestellung der Hypotheken ist in Tit. XIX. § 1—5 des M. L. R., sowie in einer eigenen späteren Verordnung vom 15. Januar 1785 (S. 681) enthalten, die Lehre von den Vorzugsrechten zusammentreffender Gläubiger in Tit. XXII.

Obgleich für Bayern in beiderlei Beziehungen durch das Hypothekengesetz und die Prioritätsordnung eine vollständige Umgestaltung dieser Lehren bewirkt wurde, und die Darstellung dieser Gesetze außer dem Gesichtskreise dieser Abhandlung liegt, so sind doch nach § 30 der Prioritätsordnung alle wesentlichen Bestimmungen des M. L. R. in Gültigkeit geblieben, welche sich auf die Fälle beziehen, in welchen die Gläubiger insgesammt oder einige derselben für die Schulden des Ehemannes, sich an das Vermögen der Ehefrau zu halten, befugt sind, oder die Frau mit ihren aus den ehlichen Verhältnissen entspringenden Ansprüchen an das Vermögen des Ehemannes nachstehen muß.

Da nun gerade in Tit. XIX. und XXII. des M. L. R. die Belege zu den vorausgegangenen Abhandlungen über Heirathsgut, Zubringen, Schuldenzahlung, und Rechte der Ehefrauen im Concurse enthalten sind, so erscheint es um so mehr geboten, das Hypothekenwesen des M. L. R. zu berühren, als auch die Frage über die Fortdauer der Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Tode des einen Gatten und über die Sicherung der Vater- und Muttergüter der Kinder in dieser Materie ihren Halt findet.

§ 307.

Darstellung des Hypothekenwesens im Kurstaate Mainz.

1) Eine Hypothek kann nicht allein das bewegliche, sondern auch das unbewegliche, nicht allein das gegenwärtige, sondern auch das zukünftige Vermögen des Schuldners zum Gegenstande haben. Die Specialität der Hypotheken ist daher nicht vorgeschrieben. Die Specialität der gerichtlich gefertigten Hypotheken wurde dagegen von der Praxis beobachtet, und es widerstreitet dieses auch dem Sinne der Verordnung von 1785 nicht.

2) Eine Hypothek kann durch einen Privatvertrag, oder Testament, oder auch unmittelbar durch das Gesetz entstehen. Jede gerichtlich errichtete Hypothek mußte in das Hypothekenbuch eingetragen werden, und dadurch erst erhielt der Gläubiger ein dingliches Recht auf das verpfändete Objekt. Privathypotheken konnten zwar immerhin durch Verträge der Contrahenten oder mit Zuziehung von Zeugen errichtet werden, allein sie standen den selbst nachher gefertigten gerichtlichen Hypotheken nach. Das Hypothekenbuch durfte jeder, welcher ein Interesse daran nachweisen konnte, einsehen.

B. In II. Klasse nach Tit. XXII. § 3 des M. L. R. die privilegirten Hypotheken: a) die Frau resp. Kinder wegen des nicht mehr in Natur vorhandenen Heirathsgutes, b) die Pupillen ꝛc. ꝛc.

C. In III. Klasse nach § 5 die sog. stillschweigenden Hypotheken, die Frau wegen ihres Zubringens, und die Kinder wegen ihres Vermögens, welches sich in der Verwaltung der Eltern befindet. Hierauf kommen in derselben Klasse zum Zuge: a) die vor drei Zeugen errichteten Hypotheken (pignus quasi publicum, l. 11 C. [8. 18], b) die mit einer reinen Privathypothek versehenen Gläubiger.

Im Concurse folgen die Privathypotheken unmittelbar nach den gerichtlich eingetragenen Hypotheken, und gehen allen Chirographargläubigern vor, jenen gesetzlichen Hypotheken des gemeinen Rechtes aber, auf welche das M. L. R. in seiner Lokationsordnung Tit. XXII. § 5 verwiesen hat, gehen sie nach, wobei jedoch die vor drei Zeugen errichteten Privathypotheken den Vorzug haben.

Ein nachkommender Gläubiger tritt auch ohne besondere Uebereinkunft an die Stelle seines Vorgängers, wenn er denselben befriedigt hat. (M. L. R. Tit. XXII. § 7.)

3) Mit Ausnahme einiger wenigen, im M. L. R. Tit. XXII. § 3 benannten Hypotheken haben diejenigen Hypotheken vor allen andern den Vorzug, und zwar ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung, welche vor Gericht aufgenommen, auf speziell angegebene Grundstücke fundirt (Specialität), und in die öffentlichen Hypothekenbücher eingetragen sind (Publicität), und zwar mit den unten folgenden näheren Bestimmungen. Die Specialität und Publicität sind daher zwar nicht die Bedingungen der Gültigkeit, aber doch des Vorzugs der Hypotheken.

Mit diesen sog. gerichtlichen Verlegungen wird es in folgender Weise gehalten:

4) In jeder Gemeinde bestehen unter dem Namen „Hypothekentaxatoren" drei bis vier verpflichtete, aus der vermögenden Klasse genommene Personen, deren Vorstand der jeweilige Gemeindevorsteher ist. Das Geschäft dieser Personen besteht darin, das Gut, oder die Grundstücke, auf welchen eine Hypothek errichtet werden soll, zu verzeichnen, und pflichtmäßig zu taxiren. Das Original der Taxurkunde wurde der Ausfertigung der Hypothek beigeheftet. Für den Werth der zu verpfändenden Grundstücke hafteten in den Städten allein die Taxatoren, auf dem Lande mit ihnen die Ortsgerichte. Die Gebühren der Schätzer betragen von jeder Taxation 30 kr., eine geringe Belohnung für ihre große Verantwortlichkeit. Sie haben sich hiebei nach folgenden Grundsätzen zu richten.

5) Die Güter müssen mit Maaß, Befurchung und Nebenlägern genau aus den Lager- und Feldbüchern entnommen, und die Seiten, auf welchen sie eingetragen sind, in dem Taxprotokoll angegeben werden. Bei jedem Grundstück ist die Taxe beizusetzen.

6) Die Güter, welche zur Hypothek eingesetzt werden, müssen von Verpfändungen frei, und des Schuldners oder der schuldnerischen Eheleute vollkommenes Eigenthum sein. Güter, von welchen der Kaufschilling noch nicht ganz bezahlt, oder an welche Miterben noch etwas zu fordern haben, sowie solche Güter, welche mit einem Fideicommiß, Witthum oder einem Nießbrauch beschwert sind, können bei Strafe eigener Haftung von den Hypothekentaxatoren in eine Hypothek nicht aufgenommen werden. Daher muß bei jeder Aufnahme das Hypothekenamt im Protokoll bezeugen, daß diese Verhältnisse bei gegenwärtiger Hypothek nicht obwalten.

7) Ebensowenig dürfen Güter, worauf ein sog. stillschweigendes Pfandrecht (§ 306 not. II. C.) haftet, anders, als mit Erwähnung desselben, und unter Haftung des Hypothekenamtes weiter verpfändet werden. Da nämlich nach dem M. L. R. gerichtliche Hypotheken den gesetzlichen — jedoch nicht privilegirten — Hypotheken, z. B. der des Pupillen, vorgehen, so müssen die Taxatoren für den möglichen Verlust bei der gesetzlichen Hypothek einstehen, und wenn sie das nicht wollen, darf die gerichtliche Hypothek gar nicht aufgenommen werden.

Ist aber die gesetzliche Hypothek zugleich privilegirt, wie z. B. die des Staates und der Gemeinde, so müssen die Hypothekentaxatoren dem Gläubiger, welchem sie demungeachtet eine Hypothek ausgefertigt haben, haften, wenn dieser, ohne über das Dasein jener gesetzlichen Hypothek belehrt zu sein, seine Hypothek angenommen, und dadurch Schaden erlitten hätte.

Das Gericht muß daher wohl untersuchen, ob durch das unbewegliche Vermögen des Schuldners die gesetzliche Hypothek gedeckt sei, und nebstdem noch in dem Ueberreste hinlängliche Sicherheit für das aufzunehmende neue Darlehen darbiete. Auf jeden Fall aber muß das Bestehen einer gesetzlichen Hypothek in der Taxurkunde angeführt werden.

8) Ueberhaupt können keine Güter doppelt verpfändet werden, außer wenn der zweite Gläubiger von den schon auf denselben haftenden Hypotheken benachrichtigt wird, und mit der zweiten Sicherheit zufrieden ist. Im letzteren Falle haften jedoch die Taxatoren nur dann, wenn sie die Angabe der Vorhypothek unterlassen, oder wenn sie das Gut pflichtwidrig so taxiren, als wenn auch die zweite Hypothek doppelte Sicherheit hätte. Der zweite Gläubiger muß daher über die ihm geschehene Meldung und seine Zufriedenheit dem Gerichte einen Rückschein ausstellen, oder es muß dessen Erklärung in das Verlegungsbuch eingetragen werden.

9) Die Taxe muß in der Regel doppelt sein [1]), d. h. es müssen so viele Güter in die Hypothek eingesetzt werden, daß die Taxe dem zweifachen Betrage (S. 683 nr. 13) des aufzunehmenden Kapitales gleichkommt. Außerdem darf die Hypothek nicht aufgenommen werden, wenn nicht der Gläubiger erklärt, daß er mit der einfachen Sicherheit zufrieden sei. Im letzteren Falle haben die Taxatoren nicht für die Sicherheit des Kapitales zu haften, wenn sie diese Haftung nicht ausdrücklich erklärt haben.

10) Es können nur solche Güter in eine hypothekarische Verleguug eingetragen werden, welche in der Gemarkung der Gemeinde liegen, wozu die Taxatoren gehören. Ebenso wenig ist erlaubt, Güter mehrerer Personen [2]), diese mögen eingewilliget haben, oder nicht, der nämlichen Hypothek einzuverleiben.

11) Die Schatzungen, Geld-, Frucht- oder Weinzinsen, welche auf den zu verlegenden Gütern haften, müssen bei jedem einzelnen Grundstücke bemerkt werden.

12) Wegen Beobachtung der unter Nr. 5—11 angegebenen Vorschriften sind die Taxatoren mit dem dirigirenden Ortsvorstande solidarisch haftbar.

13) Gleichfalls sind sie solidarisch haftbar für die Taxe, wenn die in Gemäßheit der Aufkündigung geschehene Versteigerung nicht zur Befriedigung des Hypothekargläubigers führt. Für die Zinsen haften sie nicht, wenn der Gläubiger solche drei Jahre ausstehen läßt, ohne

---

[1]) Es wurden übrigens auch Hypotheken ohne alle Taxe errichtet, wenn der Gläubiger dieses begehrt, und damit zufrieden ist. Bei großen Gütercomplexen ist auch die Haftung der Schätzer oft eine geringe Sicherheit, wenn sie selbst die reichsten im ganzen Dorfe sind; hier bleibt es dem Darleiher selbst überlassen, sich die genügende Verlässigkeit zu verschaffen, daß sein hingeliehenes Kapital bei der dereinstigen Feilmachung des Unterpfandes nicht gefährdet werde.

[2]) Diese Bestimmung wurde jedoch nicht auf die in Gemeinschaft mehrerer Personen befindlichen Güter angewendet.

sie beizutreiben. Die Taxatoren sind daher auch berechtigt, den betreffenden Gläubiger zur Kündigung seiner Hypothek aufzufordern, sobald sie die Vernachlässigung verpfändeter Grundstücke oder Häuser wahrnehmen.

14) Die von dem Ortshypothekengerichte aufgenommenen Verlegungen sind doppelt auszufertigen, und vom Ortsvorsteher und den Taxatoren unterzeichnet dem Schuldner auszuhändigen, damit dieser bei der betreffenden Behörde deren Untersuchung und Bestätigung betreiben könne. Außerdem ist ein von dem mithaftenden Ortsvorstande zu überwachendes Hypothekenbuch zu führen, in welches der Reihe nach sämmtliche Verlegungen nach Inhalt der den Schuldnern übergebenen Taxprotokolle eingetragen werden. Die Seite dieses Eintrages ist auf dem Taxprotokolle zu bemerken.

15) Eine in der vorbeschriebenen Art aufgenommene Verlegung bedarf, um bevorzugt zu sein (nr. 3), der Bestätigung desjenigen Untergerichts, in dessen Gerichtssprengel die verpfändeten Güter gelegen sind. Diese Bestätigung erfolgt auf Ansuchen des die Taxprotokolle übergebenden Schuldners, sie kann nur nach Untersuchung der Sache geschehen, und die bestätigenden Gerichte haften subsidiär für die Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse.

Es ist daher von den Gerichten zu untersuchen, ob die beschriebenen Vorbedingnisse vorhanden, und alle Vorschriften des Gesetzes erfüllt sind.

16) Hiernächst ist das Verhältniß des Schuldners als Ehegatte in besondere Rücksicht zu nehmen. Da nämlich nach Tit. XXII. § 3 nr. 1 des M. L. R. die Ehegattin wegen ihres Einbringens eine bevorzugte allgemeine Hypothek hat, so darf (nr. 7) keine Hypothek eines Verheiratheten — wenigstens nicht ohne ausdrückliche Genehmigung des Gläubigers — aufgenommen werden, wenn nicht die Ehefrau auf dieses ihr Vorzugsrecht nicht nur ausdrücklich verzichtet (M. L. R. Tit. XIX. § 4), sondern sich auch solidarisch mit dem Ehemanne mitverbürgt [1]). Unter

---

[1]) Die gesetzliche Hypothek der Frau geht nach geschehener Verzichtleistung auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten den gerichtlichen Hypotheken nach. Es tritt auch selten der Fall ein, daß sich die Frau weigert, sich für die Schuld ihres Mannes mitzuverbinden, da dergleichen Kapitalschulden größtentheils zum Besten der Ehe und in dieselbe verwendet werden, die Frau also auch den Vortheil der Kapitalaufnahme mitgenießt, freilich nun mit einer Haftbarkeit für das Ganze wegen der übernommenen Bürgschaft, während vermöge bloser Verwendung zu Ehezwecken nach Tit. IV. § 2 des M. L. R. nur nach Verhältniß ihres Errungenschaftsantheiles.

Die Ausnahme von dem Princip der Publicität und Specialität in Ansehung der gesetzlichen Hypothek der Frau, d. h. der Umstand, daß die Hypothek der Frau nach Tit. XXII. § 5 des M. L. R. auch ohne gerichtliche Errichtung und Eintrag auf bestimmte Objekte wirksam ist, führt keine Nachtheile für einen späteren Hypothekargläubiger herbei, weil das Hypothekengericht ohne eigene Haftung einem Gläubiger nur mit dessen Einwillung eine Hypothek auf das Vermögen des Ehemannes aufrichten kann, und denselben von der bestehenden gesetzlichen Hypothek der Frau in Kenntniß setzen muß, so daß es also immerhin Sache des Gläubigers ist, ob er nach erlangter Wissenschaft von diesem Verhältnisse dem Ehemanne Credit geben will, oder nicht, und selbst zu bemessen hat, ob ihm die angebotene Sicherheit genügt. (Vergl. § 307 nr. 7.) Der Eintrag des Einbringens der Frau in das Hypothekenbuch ist zur Sicherheit ihrer Vorzugsrechte nicht nothwendig, die Anordnung eines solchen Eintrages wäre auch gleichbedeutend mit der gänzlichen Aufhebung dieser gesetzlichen Hypothek, weil dann die Sicherheit der Frau von der Bedingung des Eintrages abhängig gemacht wäre. Welche Sicherheit hätten dann jene Frauen rücksichtlich ihres Einbringens, deren Männer kein Grundvermögen, oder solches im Auslande besäßen?

dieser Voraussetzung dürfen mithin auch Güter der Ehefrau der Hypothek einverleibt werden, und das ist der einzige Fall, wo die Regel von nr. 10 eine Ausnahme erleidet, nach welcher die Güter mehrerer Personen nicht in der nämlichen Hypothek vorkommen dürfen.

Das von dem Gesetze bei der Verzichtung und solidarischen Verbürgung der Ehefrau vorgeschriebene Verfahren ist Folgendes:

Dieselbe wird von dem Richter in Abwesenheit ihres Ehemannes über ihre weiblichen Rechtswohlthaten, also über das beneficium ratione dotis et illatorum (des Heirathsgutes und Zubringens), des S. Ct. Veleianum und der authentica si qua mulier deutlich berathen und belehrt. Im Falle dieselbe minderjährig ist, geschieht die Belehrung im Beisein eines ad hoc bestellten Vormundes. Erklärt nun die Frau — im letztereren Falle mit Einwilligung ihres Vormundes — daß sie zum Verzichte und zur Mitverbindlichkeit bereit sei, so wird diese Erklärung und Einwilligung gerichtlich protokollirt, und daß es geschehen, in der urschriftlichen Verlegung ausführlich, und in dem Hypothekenbuche auszüglich angeführt. Die geschehene Verzichtleistung und Verbürgung der Ehefrau muß mittelst Handtreue an Eides statt geschehen, daher ihr auch durch den Richter die Wichtigkeit der Handtreue, und daß dieselbe wie ein Eid verbinde, erklärt werden muß.

17) Ist von dem Richter die sorgfältige Untersuchung über das Dasein der gesetzlichen Erfordernisse vorgenommen, auch in den betreffenden Fällen die eidliche Verzichtleistung der Ehefrau bethätigt worden, so wird nunmehr die eigentliche gerichtliche, dem Gläubiger zu Handen zu stellende Originalverlegung ausgefertigt, welche von dem Richter, Aktuar, dem Schuldner und dessen Ehefrau zu unterschreiben ist. Ein Exemplar des an dem Ortshypothekengericht aufgenommenen, mit der Bezeichnung der eingelegten Grundstücke und deren Taxe versehenen Verlegung wird dieser Originalausfertigung beigebunden.

18) Die Originalhypothek darf nicht eher dem Gläubiger oder Schuldner zu Handen gestellt werden, als bis ein Auszug davon (welcher den bei der Verlegung gegenwärtig gewesenen Richter und Aktuar, Vor- und Zunamen des Gläubigers und Schuldners, und deren Wohnsitz, endlich das nach Umständen gemäß nr. 6, 7, 8, 16 Erforderliche enthält), in das bei dem Untergerichte befindliche Hypothekenbuch durch den Gerichtsaktuar eingetragen ist. Das Doppelte der Verlegung des Ortsgerichtes wird diesem Auszuge beiregistrirt, und in einem besondern Fascikel verwahrt. Uebrigens wird von dem Untergericht für jede Gemeinde ein eigenes Hypothekenbuch geführt, welches mit einem alphabetischen Register nach den Namen der Schuldner versehen ist.

19) Die Sicherheit der Gerichte macht für den Fall, da ein aufzunehmendes Kapital verwendet werden soll, um ein älteres mit denselben Gütern versichertes Kapital abzutragen, eine Maßregel der Vorsicht nothwendig, damit das Geld sicher zu diesem Zwecke verwendet werde, da sonst der Fall eintreten könnte, daß die nämlichen Güter doppelt verpfändet wären. Zu diesem Ende ist vorgeschrieben, daß die neue Hypothek nicht dem Schuldner, sondern einem mitzubringenden Taxator oder dem Ortsvorsteher eingehändiget werde, welcher bei dem Gläubiger das Kapital gegen die Hypothek in Empfang nimmt, und das alte Kapital gegen Zurückgabe der alten Hypothek abträgt, die hinächst dem Untergerichte übergeben, von demselben kassirt und zerrissen zurückgegeben wird, worauf die Löschung auch in dem Hypothekenbuche zu geschehen hat.

20) Die von einem Gläubiger nicht angenommene Hypothek ist auf dieselbe Weise vom Gerichte zu kassiren und zu löschen, sowie dem Ortsgerichte davon Kenntniß zu geben.

21) Von den im Hypothekenverbande stehenden Gütern kann kein Stück anders als mit Zustimmung des Gläubigers und gegen Surrogirung eines andern gleichen Werthes veräußert werden. Im letzteren Falle soll das neue Gut in den beiden Hypothekenbüchern und in der Originalhypothek mit derselben Förmlichkeit eingetragen werden, mit welcher die gerichtliche Verlegung Anfangs errichtet wurde.

22) Bei Vererbungen ist nicht erlaubt, daß die Erben des Schuldners eine Kapitalschuld unter sich theilen, oder auch ein Erbe ein Kapital statt Herausgabe an seine Miterben allein übernehme, sondern es muß der Gläubiger entweder baar bezahlt, oder dessen Einwilligung, das Kapital gegen eine neue Versicherung stehen zu lassen, beigebracht, und demselben gegen Zurückgabe der alten Hypothek eine neue ausgefertigt werden. Ehe auf die vorbeschriebene Art für Abzahlung und Versicherung der Schulden gesorgt ist, kann keinem der Erben etwas zugetheilt oder verabfolgt werden (§ 298. — Verordnung vom 15. Januar 1785. § 17. Beil. zu Tit. XIX.), d. h. die Erbschaftsmasse gilt solange den Erbschaftsgläubigern gegenüber als ungetheilt, und die Erben können vor Berichtigung der Masseschulden eine Theilung nur auf Wag und Gefahr ihrer solidarischen Haftung vornehmen.

§ 308.

Verpfändungen der Eheleute.

Die Entscheidung der Frage, in welchen Fällen die Gläubiger insgesammt oder einige derselben für die Schuld des Ehemannes sich an das Vermögen der Frau zu halten befugt sind, oder die Frau mit ihren aus den ehlichen Verhältnissen entspringenden Ansprüchen an das Vermögen des Ehemannes den Gläubigern desselben nachstehen muß, ist nach § 30 der Pr. Ordnung dem M. L. R. vorbehalten, das Hypothekengesetz von 1822 äußert also darauf keinen Einfluß. Dieses gilt daher auch für jene Frage, ob überhaupt, oder in welchen Fällen der Ehemann bei Errichtung von Hypotheken von der Zustimmung der Frau abhängig ist, weil die Beantwortung aus den Rechten der Frau an den verschiedenen Ehegütern, nämlich Heirathsgut, Zubringen beider Gatten, Errungenschaft und etwaigen Receptizgütern der Frau abgeleitet werden muß, indem jede Verpfändung im Effekt einer Veräußerung gleichkommt, also dabei immer eine Schmälerung, und möglicherweise eine rechtswidrige Schmälerung von Rechten in sich trägt, sobald die Verpfändung ohne Zustimmung des Berechtigten erfolgt.

Diese Zustimmung der Frau zur Verpfändung ihres Heirathsgutes und Zubringens [1]) ist nun nach Tit. XIX. § 4 unbedingt nöthig, weil beide Arten von Ehegütern rechtlich Eigenthum der Frau bleiben, obgleich sie zur Zahlung der Eheschulden nach Tit. IV. § 1. 2 und Tit. XXII. § 1 nr. 11 des M. L. R. in Mitleidenschaft gezogen werden, und wegen

[1]) Einen Unterschied zwischen dem Eigenthum der Frau an ihrem Heirathsgut und dem Eigenthum am Zubringen haben die Gesetze aber doch ausgedrückt, indem sie ersterem ein Separationsrecht, letzterem nur ein stillschweigendes Pfandrecht beilegen (M. L. R. Tit. XXII. § 1 nr. 11 und § 5), was darin begründet ist, daß das Einbringen vor dem Heirathsgut der Verwendung zur Tilgung der Eheschulden unterworfen, und so zugleich Gemeingut der Gesellschaft geworden ist.

des der Ehegemeinschaft daran eingeräumten Nutzgenusses mit dem Vermögen des Mannes und der Gemeinschaft zu einer (wenn auch wieder trennbaren) Masse zusammenfließen.

Werden die Dotalgüter den ausdrücklichen Bestimmungen der Eheverträge gemäß verkaufsweise übergeben (Tit. XXII. § 1 nr. 11), so hat dieses nur insoferne hierher eine Bedeutung, als dadurch das Separationsrecht der Frau verloren geht, sie aber trotzdem nach Tit. XXII. § 3 eine privilegirte Hypothek, und nach § 12 des Hypoth. Gesetzes einen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek gleichwie für ihr übriges Zubringen behält, welchen sie in jedem Augenblick geltend machen kann.

Errungenschaftliche Güter können einseitig weder vom Manne noch von der Frau verpfändet werden, weil ihr Ertrag in die Gemeinschaft fällt, und die Güter selbst als ungetheilt nach ideellen Antheilen ein Miteigenthum beider Gatten sind.

Was das Zubringen des Mannes selbst betrifft, so dient auch dieses als ein Factor der Errungenschaft, und befindet sich überdieß in Ansehung der Haftbarkeit für die gemeinsamen Eheschulden im Miteigenthum beider Gatten rücksichtlich des Gebrauches (§ 70). Auch diese Güter kann daher der Mann weder willkührlich veräußern noch verpfänden.

Auch in anderen Statutarrechten, welche eine ähnliche Errungenschaftsgemeinschaft wie das M. L. R. enthalten, z. B. dem Nürnberger Rechte, Würzburger Landrechte, kann der Mann seine eigenen Güter nur dann ohne Einwilligung der Frau gültig verpfänden, wenn er für deren Heirathsgut und Gegenvermächtniß Specialhypothek bestellt, und die Frau sich damit begnügt hat. (Nürnberger Reform. Tit. 28 Ges. 4 § 5. Lahner Einleitung in die Nürnberger Rechte § 100. — v. Schellhaß, Beiträge zur deutschen Gesetzkunde Heft I. § 47. — Lehner, Hypothekenrecht Bd. I. § 30 nr. VII. VIII.)

Das M. L. R. dehnt diese Bestimmungen in Tit. XIX. § 4 ausdrücklich auch auf die Rechte der Frau wegen ihres übrigen Zubringens aus, und verlangt bei jeder Hypothekbestellung des Mannes deren Zustimmung (§ 307 nr. 16), weil ohne diese ihr Vorzugsrecht nicht verloren geht, und weil der vorzüglichste Unterschied zwischen der allgemeinen Güter-Gemeinschaft und der Errungenschafts-Gemeinschaft des M. L. R. nur darin liegt, daß bei jener die eingebrachten Güter der Substanz nach, bei dieser dem Gebrauche nach gemeinschaftlich werden (S. 145). Ist das Verhältniß der Errungenschaftsgemeinschaft in Rubrik II. des Hypothekenbuches (§ 136 des Hyp. Ges.) eingetragen, so mag der Gläubiger, welcher dem Manne ohne Einwilligung und Verzicht der Frau auf ihre Vorzugsrechte resp. Rechtswohlthaten leiht, dieses auf die Gefahr hin thuen, daß er mit einer einfachen Forderung gegen die Frau nach Tit. IV. des M. L. R. durchdringen, als Hypothek ist die Forderung nicht bevorzugt, d. h. die Hypothek ist ungültig.

(Beilage zu Tit. XIX.)

Verordnung vom 15. Januar 1785.

Kurfürstlich Mainzische Landes-Regierung.

Nachdem zur Aufrechthaltung guter Ordnung und des öffentlichen Kredits sowohl, als zur Abwendung mehrerer, für die Gläubiger, und

auch selbst für die Gerichte besorglicher nachtheiligen Folgen, nöthig erachtet worden, daß in den sämmtlichen Kurlanden ein gleichförmiges Formulare der gerichtlichen Verlegungen unter Beobachtung der nöthigen rechtlichen Vorsichten eingeführt werde, so verordnen Wir:

1) Daß alle gerichtlichen Verlegungen künftig (nach den am Ende dieser Verordnungen beigefügten Formulare) schriftlich gefertigt, und auf jeden Fall passend gemacht werden sollen.

2) Alle dergleichen Verlegungen sollen in das Verlegungsbuch dermassen auszüglich eingetragen werden, daß in demselben: a) die bei der Verlegung gegenwärtigen Stadt- oder Amtsvogt, Stadt- oder Vogteischreiber, Schultheiß und Gericht, b) die Vor- und Zunamen des Gläubigers und des Schuldners, auch deren Wohnorte, c) die verschriebenen Grundstücke mit der Beforchung und gerichtlichen Abschätzung, endlich d) nach Gestalt der Umstände, jenes, was art. 5. 6. 13. 15 verordnet wird, genau ersehen werden könne.

3) Diesen Eintrag soll niemand, als der bei der Verlegung gegenwärtige Stadt- oder Vogteischreiber machen. Es versteht sich von selbst, daß nach der nun bestehenden kurfürstl. Aemtereinrichtung zwei gleichlautende Hypothekenbücher für jedes Ort unterhalten werden müssen, von welchen das eine von dem kurf. Vogte, und das andere von dem mithaftenden Ortsvorstande dirigirt wird. Es darf also keine Hypothek vor dem Vogteiamte ausgefertigt werden, ohne den Gerichten zum gleichmäßigen Eintrage in ihr Protokollbuch davon Nachricht zu geben.

Der mithaftende Ortsvorstand hat bei der Taxation sich wohl zu verwahren, und vorzusehen, damit im Falle, wo ein Kapital aufgekündigt, und die verhypothecirten Güter versteigert, der übermäßig abgeschätzte Werth aber nicht hieraus erlöst werden sollte, die in der Hypothek unterschriebenen Schultheiß und Gerichte keine Gefahr laufen, deßfalls um den Ersatz belangt zu werden. Daher die Vorsorge für den öffentlichen Credit erfordert, daß die Gerichte, sobald sie ein gerichtlich verschriebenes Grundstück in der Kultur vernachläßigen, oder verhypothecirte Häuser ihrem Verfalle sich nähern sehen, dem darunter betroffenen Gläubiger in Zeiten davon die gehörige schriftliche Nachricht geben, und solches in ihrem Protokolle anmerken.

4) In Fällen, wo das Eheweib sich mitverbindet, soll dasselbe ohne Beisein ihres Ehemannes, wegen der Begebung ihrer weiblichen Rechte, besonders der benef. sen. Cons. Vellej. und der auth. si qua mulier, weniger nicht des benef. ratione dotis et illatorum aufrichtig durch den Amtsvogt, ohne deßfalls besondere Gebühren sich anzusetzen, berathen und belehrt, auch derselben zur reifen Ueberlegung Zeit gegeben werden.

5) Wenn das sich mitverbindende Weib noch minderjährig ist, soll dasselbe auch über das beneficium minorennitatis im Beisein eines bestellten Vormundes belehrt werden, und alsdann mag dasselbe unter Beistand und Bewilligung des Vormundes sich in eine Verpfändung verbindlich einlassen.

6) Wenn nach gepflogener vorbemeldter Berathung und Belehrung das Eheweib schlüßig bleibt, sich mitzuverbinden, so soll diese Erklärung und Einwilligung gerichtlich protokollirt, und daß all

dieses geschehen, der urschriftlichen Verlegung nach dem Formulare, dem Verlegungsbuche aber auszüglich einverleibt werden.

7) Soll vor der, mit Handtreue an Eides statt zu bestätigender Verzicht der weiblichen Rechtswohlthaten der Ehefrau auch, was eine Handtreue besage, und wie sie damit ihr Gewissen ebenso, wie durch einen körperlichen Eid verbinde, von dem Amtsvogt ernstlich vorgehalten werden.

8) Zur Vermeidung alles Irrthums sollen die Vor- und Zunamen der Eheweiber nebst dem Geburtszunamen unterschrieben werden.

9) Sollen jederzeit sowohl in dem Eintrage, als in der urschriftlichen Verlegung, die Blätter der Lager- und Feldbücher, und die Numern des Verlegungsbuches gemeldet werden. Es sind also diese Bücher hiernach einzurichten.

10) Sollen keine als des Schuldners, oder der schuldnerischen Eheleute freie, ledige und vollkommene eigenthümliche Güter, von welchen der Kaufschilling wirklich bezahlt, und an welchen des Schuldners, oder der schuldnerischen Eheleute Miterben, nichts zu fordern haben, auch

11) Keine Güter, welche mit einer anvertrauten Erbschaft (Fideicommiss), mit einem Wittibsitze, oder mit einem ein- oder unbeschränkten Nutznießungsrechte beschwert sind, oder aber auf welchen sonst noch ein stillschweigendes Pfandrecht haftet, welches der Amtsvogt und die Gerichte zu bezeugen haben, gerichtlich verschrieben werden. Wenn aber das Vogteiamt dieses nicht certificiren kann, alsdann muß wenigstens der obwaltende hypothekarische nexus ausdrücklich in der Hypothek angezeigt werden.

12) Hievon ist jedoch der Fall ausgenommen, z. B. in Betreff eines den Kindern aus erster Ehe zustehenden väterlichen oder mütterlichen Vermögens, da aus dem ohnehin vermöge kurfürstlicher Verordnung allezeit zu machenden Inventario erhellt, welchergestalt das väterliche oder mütterliche Vermögen durch die unbeweglichen Gütter des Wittibers oder der Wittib gesichert seien, und nebst diesem das Vermögen noch in dem Ueberreste den hinlänglich gesicherten Werth für das aufzunehmende neue Darlehen auswerfen, und verordnen wir hiebei, daß die gerichtliche Hypothek allemal, ohne Ausnahme, in die zweite und die stillschweigende allemal in die dritte Klasse gesetzet werden, in Ansehung der privilegirten Hypotheken aber bei der deutlichen Verordnung des Landrechtes sein lediges Bewenden behalten solle. Wollte dahingegen der Gläubiger an dem einfachen Werthe seine Zufriedenheit haben, so soll es dermassen gehalten werden, wie folgt:

13) Sollen keine Güter doppelt verpfändet werden, es sei denn, daß dem zweiten Gläubiger von Vogteiamtswegen hievon Meldung geschehen, und ungeachtet dessen der Gläubiger mit dem einfachen Werthe des doppelt verlegten Gutes zufrieden sei. Diese Meldung und Zufriedenheit muß dann nicht nur in der urschriftlichen Verschreibung, sondern auch in dem Eintrage des Verlegungsbuches ausgedrückt, und deßfalls der Vogtei und dem Gerichte ein Rückschein von dem Gläubiger ausgestellt, oder in das Verlegungsbuch eingeschrieben werden.

14) Wird keinem Amtsvogte oder Gerichte erlaubt, einer Verlegung solche Güter einzutragen, welche zwar von einem Inwohner

desselben Orts besessen werden, aber in einer anderen Gemarkung gelegen sind; noch weniger ist erlaubt, Güter von anderen Personen, es mögen solche ihre Einwilligung dazu gegeben haben, oder nicht, der nämlichen Hypothek einzuverleiben, sondern es müssen so viele besondere Hypotheken gemacht werden, als Eigenthümer der Güter sind, und jeder Hypothek nur die in einer und ebenderselben Gemarkung gelegenen Güter einverleibt werden, indem ansonst von nun an im widrigem Falle der Amtsvogt und die Gerichte als Selbstschuldner angesehen werden sollen.

15) Soll von den verlegten Gütern kein Stück verkauft, oder versteigert werden, es sei denn, daß mit Bewilligung des Gläubigers statt des verkauften oder versteigerten gleich ein anderes, denselben Werth habendes unterstellt werde, wo alsdann das neue Gut in dem Verlegungsbuche, und in der Originalhypothek mit der nämlichen Feierlichkeit, mit welcher die gerichtliche Verlegung Anfangs errichtet worden, notirt werden solle.

16) In Fällen, wo eine alte mit einer neuen gerichtlichen Hypothek vertauscht werden soll, ist die Obliegenheit der Amtsvogtei, dafür zu sorgen, daß die neue Hypothek nicht ausgeliefert werde, bevor die alte zurückgegeben, und solches im Protokoll notirt worden ist. Alsdann aber ist zugleich denen Gerichten mit Beifügung der kassirten und durchschnittenen Obligation davon schriftliche Nachricht zu geben.

Falls aber die neue gerichtliche Verschreibung von dem Gläubiger, aus was immer einer Ursache, nicht angenommen werden will, soll das Vogteiamt den Schuldner, oder die schuldnerischen Eheleute vorladen, und die neue nicht angenommen wordene gerichtliche Verschreibung in Gegenwart derselben kassiren, fort die Ursachen der nicht geschehenen Annahme am Rande des Verlegungsbuches bemerken lassen, und davon ebenfalls den mithaftenden Gerichten unter Beifügung der kassirten Obligation schriftliche Nachricht ertheilen.

17) In gerichtlichen oder außergerichtlichen Käufen, Täuschen, Vererbungen oder dergl. soll dem Käufer, Täuscher oder Erben nicht verstattet sein, anstatt zu thuender baarer Zahlung oder Herausgabe, ein Kapital an einen anderen Creditoren zu übernehmen, und sich übertragen zu lassen, sondern in all diesen Fällen soll der Gläubiger vordersamst baar bezahlt, oder dessen Einwilligung, das Kapital gegen eine neue Versicherung stehen zu lassen, beigebracht, und demselben gegen Zurückgabe der alten Hypothek eine neue dergleichen ausgefertigt, und ehe solches geschehen, kein Kauf, Tausch oder dergleichen gültig sein, auch bei Erbfällen keinem der Erben eher etwas zugetheilt oder verabfolgt werden, ehe und bevor auf eben beschriebene Art für Abzahlung und Versicherung der Schulden gesorgt worden ist.

18) Alle gerichtlichen Verlegungen werden künftig von dem Amts- oder Stadtvogten, Schultheiß und zwei Gerichten unterschrieben. Falls aber einer der Gerichte im Schreiben unerfahren, so soll derselbe sein Beizeichen machen, so gut, als er kann, ein anderer im Schreiben erfahrener Gerichtsmann aber dessen ganzen Namen unter das Beizeichen setzen, von dem Vogteischreiber aber attestirt werden, daß dieses also geschehen.

19) Das Kapital, welches auf eine gerichtliche Verlegung von dem Gläubiger gegeben werden will, soll allzeit vor und in Gegenwart der Amtsvogtei, oder dem Gerichte baar geschossen, wenigstens im Beisein eines gerichtlichen Deputirten, welcher sich durch Ueberbringung der Hypothek ad hunc actum zu legitimiren hat, vorgezählt, und der Empfang desselben von dem gerichtlichen Deputirten sowohl, als dem Schuldner eigenhändig unter die Hypothek quittirt werden.

20) Wenn der Gläubiger die auf der Hypothek haftenden Interessen künftig, und zwar von der nächsten Erndte an gerechnet, länger als 3 Jahre stehen läßt, ohne dieser wegen eine Anzeige bei dem Vogteiamte gemacht, und derselben Eintreibung gemeldet zu haben, so sollen alsdann keine weiteren Interessen mehr fortlaufen, sondern lediglich solche für 3 Jahre gestattet, und in Zukunft von dem Schuldner bezahlt werden. Würde aber der Gläubiger sich bei der Amtsvogtei innerhalb dieser 3 Jahre um Anhaltung des Schuldners zur Zahlung gemeldet, allda aber keine Hülfe erhalten haben, so soll alsdann der Amtsvogt solche aus seinen eigenen Mitteln zu bezahlen schuldig sein — jedoch nur insofern der Amtsvogt oder das Gericht sich bei Amt nicht legitimiren können, daß sie zur Eintreibung der Interessen alle Mittel angewendet, doch aber solche nicht hätten erhalten können.

21) Bei Benennung der zu verlegenden Güter sollen die Gerichte bei einem jeden Stücke bemerken, welche Schatzung, Geld-, Frucht- oder Wein-Zinsen darauf haften, und sorgen, daß solche jährlich abgeführt werden, sofort zum Nachtheile des Gläubigers nicht übermäßig anwachsen; denn Falls der Gläubiger dadurch einen Verlust erleiden sollte, so wird das Gericht unter der im vorhergehenden Abschnitte ausgedrückten Bedingniß zu dieser Schadensersetzung für schuldig erklärt.

22) Wenn ein Jud einem christlichen Unterthanen Geld gegen eine auszufertigende gerichtliche Hypothek darleihen wollte, so wird damit auf die nämliche Art, wie vorsteht, verfahren.

23) Das kurf. Oberamt confirmirt die Vogtei- oder gerichtlichen Hypotheken nicht anderst, als wenn es von dem Gläubiger anverlangt wird. In diesem Falle aber muß das Oberamt auch alle Verhältnisse genau untersuchen, und für die Sicherheit der Hypothek mit dem Vogteiamte einschließlich der Gerichte haften.

Diese Verordnung ist also allen betreffenden Stellen mit dem Anhange kund zu machen, daß die Uebertreter nicht nur nach Gestalt der Umstände noch besonders gestraft werden, sondern auch für allen erwachsenden Schaden und Kösten unnachsichtlich sammt und sonders, das ist Alle für Einen, und Einer für Alle haften sollen.

Mainz den 15. Jänner 1785.

Freiherr von Frankenstein

Vt. J. M. Kissel, Regierungs-Secretarius.

Titulus XX.

Von Bürgen überhaupt.

§ 1.

Der Bürge ist nicht vor den Hauptschuldner zu exequiren.

„Wann jemand für einen andern gutspricht, so soll „derselbe das Beneficium ordinis haben, das ist: daß man „denselben nicht exequiren könne, ehebevor mann den Haupt-„Schuldner völlig exequiret."

§ 2.

Wer sich dieses Ordnungs-Rechtes noch weiter zu erfreuen.

„Es hat auch dieses Beneficium oder Ordnungs-Recht „annoch in der Execution derjenige, welcher mit dieser an-„gehängten schrifftlichen Clausul caviret. Alles treulich und „sonder Arglist und Gefährde, nicht minder derjenige, so für „eine Frau gut gesprochen, und alle übrige Fidejusoren, „oder Bürgen."

§ 3.

Und wer nicht.

„Doch werden hiervon ausgenommen diejenige, so an-„fänglich geleugnet, daß sie gutgesprochen hätten, nachgehends „aber dessen überführet werden; Ferner auch diejenige, welche „für eine Gemeind gutgesprochen oder Bürg worden, so dann „diejenige, so dem Beneficio ordinis in specie rennunciiret „imgleichen, wann Stadt- oder Ortkündig, daß der Haupt-„Schuldner nicht mehr zu bezahlen im Stand seye; Eben so „ist es zu halten, wann der Haupt-Schuldner weit Abwesend „und nicht, oder beschwerlich zur Stelle zu bringen, und nicht „angesessen ist, wo die Klage geführet wird, oder sonst eine „geistliche, adelige oder sonst eine Person, welche schwer zu „belangen ist; Ebener Maßen, welcher in einem Prozeß für „einen bei Gericht gutgesprochen hat."

§ 4.

Wie es zu halten, wann viele für einen gutgesprochen.

„Hätten viele für einen gutgesprochen, können sie be-„gehren, daß man die Schuld unter sie theile, und jeden „aus ihnen zur Zahlung seines Antheils anweise; Wäre aber „unterdessen ein oder anderer aus denen Bürgen in Unzahlungs-„Stand gerathen, so wachset der Last dessen Antheils denen „übrigen nicht zu, es seye dann, daß sie sich in solidum,

„das ist: Einer für den andern, und alle für einen zur „Zahlung verbindlich gemacht hätten."

§ 5.

Der Bürge in einem Process ersterer bleibt durch alle Instantien. Wann es nicht ausbedungen.

„Würde einer für jemand Bürg in einem Process bey „erster Instantz, so solle er in der Bürgschafft stehen bleiben, „bis der Prozess durch alle Instanzien gangen, und die „Execution vollzogen worden, es seye dann, daß es nur auf „dieselbe Instantz, oder nur auf gewisse Zeit bedungen „worden wäre."

§ 6.

Wann der Bürge den Schuldner angreiffen,

„Zahlet der rechte Schuldner nicht, oder finge an in „Unstand zu kommen, so mag der Bürg begehren, daß mann „ihn durch Executions-Mittel zur Zahlung anweise, damit „er außer Obligation komme."

§ 7.

Und was er thun möge, wann der Creditor dem Schuldner ohne dessen Wissen frist gestattet.

„Hätte der Creditor dem Schuldner den Zahlungs- „Termin verlängeret, ohne Vorwissen des Bürgen, so bleibt „der Bürg zwar in der Bürgschafft stehen, es ist ihme aber, „wie in vorhergehendem § gemeldet, sich vorzusehen un- „benommen, sodann ist er auch nicht mehr für die ferner „laufende Pensionen verbunden."

---

§ 309.

Von der Bürgschaft.

Durch die Ueberschrift dieses Titels ist angedeutet, daß das M. L. R. hier nicht blos von der Bürgschaft im besonderen Sinne, sondern „überhaupt" von allen Verträgen handeln wollte, wodurch jemand mit Rücksicht auf eine schon bestehende oder erst entstehen sollende fremde Schuld eine Verbindlichkeit übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu dieser Uebernahme verpflichtet zu sein [1]).

Ordnungsrecht — beneficium ordinis. Jeder Bürge hat das Recht zu verlangen daß vor ihm der Hauptschuldner ausgeklagt werde. (M. L. R. Tit. XX. § 1 — Nov. 4 cap. 1.) Hieraus folgt, daß sich der Bürge mit der Einrede der Verjährung nicht schützen kann, solange die Klage gegen den Hauptschuldner noch offen ist.

Dieses beneficium ordinis verdankt seinen Ursprung dem römischen Rechte, während im deutschen Rechte das Sprichwort galt „den Bürgen muß man würgen", insbesondere geht aus der kurmainzischen revidirten Gerichtsordnung von 1599 Fol. 15 hervor, daß dort früher der Brauch

---

[1]) Dieses kann gemeinrechtlich geschehen:

1) In der Absicht, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit ganz zu befreien, und zwar entweder a) durch Zahlung der Schuld, b) durch Uebernahme der Schuld ohne Vorwissen des Schuldners, wozu jedoch die Einwilligung des Gläubigers nöthig ist (expromissio), c) durch Uebernahme der Schuld im Auftrage des Schuldners und mit Genehmigung des Gläubigers (delegatio). In diesen Fällen entsteht ein neuer Vertrag (durch Novation).

war, den Bürgen zugleich mit dem Hauptschuldner zu belangen, selbst wenn er auf die ihm nach römischem Rechte zukommenden Rechtswohlthat nicht verzichtet hatte.

Durch die Gerichtsordnung a. a. O. wurde aber diese Uebung ein Mißbrauch genannt, und nach dem römischen Rechte abgeändert. Wenn übrigens ein Bürge zur Sicherheit des Gläubigers dienen soll, so dürfte es zweckentsprechender sein, das deutsche Recht wieder herzustellen, weil das Ordnungsrecht nur eine Ausflucht des Bürgen ist, um den Gläubiger mit einem Vorprozeß gegen den Hauptschuldner hinzuhalten.

Aus dieser Erwägung fließen auch die vom M. L. R. in Tit. XX. § 3 gemachten Ausnahmen, in welchen der Bürge von jener Rechtswohlthat keinen Gebrauch machen darf: 1) wenn er die Bürgschaft unbegründeter Weise widersprochen hat; 2) wenn er für eine Gemeinde Bürgschaft geleistet hat; 3) wenn er der Rechtswohlthat entsagt hat; 4) wenn der Hauptschuldner stadt- und ortskundig zahlungsunfähig ist; 5) wenn der Hauptschuldner abwesend, oder schwer zur Stelle zu bringen ist, oder wenn er am Orte der Klagstellung nicht angesessen ist. Alle diese Punkte lassen sich dahin zusammenfassen, daß der Bürge zunächst angegriffen werden kann, wenn die Geltendmachung der Forderung gegen den Hauptschuldner mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist; 6) wenn in einer Prozeßsache gerichtliche Bürgschaft geleistet wurde. 7) Nach art. 281 des Handelsgesetzbuches steht einem Solidarschuldner oder einem Bürgen die Einrede der Theilung oder Vorausklage nicht zu, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäfte auf Seite des Hauptschuldners hervorgeht, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist; denn es erfordert es der freie Lauf des Handelsverkehres, daß die Zahlungen schleunig geschehen, und die durch Bürgschaft gegebene Zusage ohne Aufschub erfüllt werde.

Außer diesen Ausnahmsfällen steht dieses Recht, die Vorausklagung des Hauptschuldners zu verlangen, jedem Bürgen zu, selbst wenn er sich

---

2) Dadurch, daß einer fremden Schuld eine Mithaftung beigefügt wird, um dem Gläubiger eine größere Sicherheit seiner Forderung zu gewähren, und zwar: a) entweder so, daß nun beide Schuldner (der alte und der neue), in ein gleiches Verhältniß zu dem Gläubiger treten, und als Mitschuldner (correi) auf das Ganze (in solidum) belangt werden können, b) oder so, daß der bisherige Schuldner allein der Hauptschuldner bleibt, und der neue Schuldner erst dann haftet, wenn vom Hauptschuldner nichts zu erhalten ist (die eigentliche Bürgschaft fidejussio).

Der neue Schuldner kann für seine übernommene Verbindlichkeit in allen Fällen zur Verstärkung des von ihm zu Leistenden ein Pfand oder einen Afterbürgen stellen, wodurch er aber nur seine eigene Verpflichtung verstärkt.

Verbürgt sich jemand dem Bürgen für den demselben im Falle seiner Inanspruchnahme entstehenden Schaden, so ist dieses eine Rückbürgschaft. Verbürgen sich mehrere für denselben Schuldner, so werden sie Mitbürgen genannt.

Die Verbürgung kann für jede Forderung geschehen, soweit diese selbst wirksam ist. Die geleistete Bürgschaft erstreckt sich nicht blos auf die Person des Bürgen, sondern auch auf seine Erben (§ 2 J. [3. 21]), es wäre denn, daß die Erben ausdrücklich davon ausgenommen worden wären. Es betrifft dieses sogar die Erben, welche von der Bürgschaft ihres Erblassers keine Kenntniß hatten, daher der Schuldner nicht verbunden ist, sie nach des Bürgen Tod in Kenntniß zu setzen. Es folgt dieses schon daraus, daß die Erben die Schulden des Erblassers zu tragen haben, auch wenn sie erst nach dessen Tod entstanden sind, und weil man sich selbst für eine künftige Verbindlichkeit verbürgen kann. (§ 3 J. [3. 21] — l. 6 § 2 D. [46. 1].) Es geht jedoch die Bürgschaft nicht auf die Erben über, wenn ausdrücklich verabredet wurde, daß an die Stelle des verstorbenen Bürgen ein anderer untersetzt werde, selbst wenn der Verstorbene an die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gemahnt, aber noch nicht darauf verklagt war. (Carpzow, P. II. const. 10 def. 6.)

mit dem Beisatze „Alles treulich und sonder Arglist oder Gefährte“ [1]), oder für eine Frau verbürgt hat. (M. L. R. Tit. XX. § 2.) Die Verzichtleistung des Bürgen auf seine Rechtswohlthaten muß ausdrücklich geschehen, weil sie als Ausnahme nicht vermuthet wird.

Nach M. L. R. § 1. 2 kann die Einrede der Vorausklagung sogar noch bei der Execution geltend gemacht werden. Es beruht dieses auf l. 10 § 1 C. (8. 41), wonach die Einrede der Theilung zwischen dem zahlungsfähigen Bürgen und Schuldner noch vor der Verurtheilung geltend zugelassen werden kann, weil sie eine peremtorische Einrede ist, und sohin die Klage zerstört. Allein schon nach dem Reichsabschied von 1654 § 31. 37 muß der Beklagte alle Einreden zugleich auf die Klage geltend machen, bei Strafe des Verlustes, jedenfalls aber erscheint diese Bestimmung des Statuts für Bayern durch § 18 u. 26 des Prozeßgesetzes, wonach alle Einreden gleichzeitig bei der Klagbeantwortung vorzutragen sind, aufgehoben [2]).

Rechtswohlthat der Theilung. Wenn mehrere Bürgen da sind, so haften sie, soviele es deren auch sein mögen, jeder einzeln für das Ganze, es steht daher dem Gläubiger frei, das Ganze zu fordern, von wem er will. Der Einzelne kann sich jedoch mit der Einrede der Theilung schützen, und verlangen, daß der Gläubiger die Antheile von den einzelnen Bürgschaftstheilnehmern, vorausgesetzt, daß sie zur Zeit der Klagstellung zahlungsfähig sind, einfordre. Wenn mithin einer von den Mitbürgen zu dieser Zeit nicht zahlungsfähig ist, so fällt dessen Antheil den übrigen Mitbürgen zur Last.

Hat aber der Gläubiger von einem Mitbürgen das Ganze erlangt, so wird es diesem allein zum Schaden gereichen, wenn der, für welchen er bezahlt hat, zahlungsunfähig ist. Dieser Nachtheil trifft ihn aus eigener Schuld, weil es ihm freistand, die Einrede der Theilung geltend zu machen, und sich damit gegen die Zahlung des Ganzen zu schützen.

Hat sich jeder Mitbürge nur für einen bestimmten Theil der Schuld verbürgt, so kann ihm natürlich die eingetretene Zahlungsunfähigkeit eines Mitbürgen nicht schaden. (M. L. R. Tit. XX. § 4 — § 4 J. [3. 21].)

Es gehört hierher die Frage, ob sich ein Mitbürge der Rechtswohlthat der Theilung bedienen könne, wenn seine Mitbürgen zwar zahlungsfähig sind, aber ihre Bürgschaft aus persönlichen Gründen unwirksam ist, weil sie sich nicht verpflichten konnten, wenn z. B. der Mitbürge eine Frau, ein Minderjähriger 2c. ist. In l. 48 pr. D. (46. 1)

---

1) Nicht selten kommt bei Bürgschaftsverträgen der Ausdruck vor „ich verpflichte mich als Bürge und Selbstzahler“ — die Frankf. Reform. verordnet hierüber Thl. II. Tit. 16 § 7, daß die Verpflichtung als Bürge und Mitschuldner nur eine gemeine Bürgschaft enthalte, und nichtsdestoweniger der Gläubiger vorerst den Hauptschuldner zu belangen habe, wenn nicht der Bürge auf das Recht der Vorausklage ausdrücklich verzichtet hatte. Diese Ansicht entspricht dem römischen Rechte Nov. 4 cap. 1, indem immer nur von einer Bürgschaft die Rede sein kann, solange nicht aus dem Bürgschaftsvertrage hervorgeht, daß durch eine (aber nicht zu vermuthende) Novation der ursprüngliche Schuldvertrag aufgehoben, und durch einen neuen Vertrag ein neuer Schuldner, nicht blos ein Bürge, an die Stelle des ursprünglichen Schuldners gesetzt werden sollte. Nachdem das gemeine Recht auch die Grundlage des M. L. R. bildet, mag man auch hier den Beisatz „Selbstzahler“ als eine Verstärkung des Begriffes der Bürgschaft, jedoch überwiegend nur eine Bürgschaft im Allgemeinen als beabsichtigt voraussetzen, obgleich das Gegentheil den deutschen Rechten angemessener wäre, welche ein benef. ordinis nicht kennen.

2) Nach Frankf. Reform. Thl. II. Tit. 16 § 5 soll die Geltendmachung dieser Einrede sogar vor der Kriegsbefestigung geschehen, weil sie die Streiteinlassung vermöge des dargethanen Ungrundes der Klage unnöthig macht.

ist diese Frage nur bezüglich der Mitbürgschaft der Frau dahin entschieden, daß der Mitbürge für das Ganze zu haften habe, da er hätte wissen können, oder da es ihm nicht unbekannt sein durfte, daß eine Frau unwirksam intercedire.

Dieser Grund läßt sich auf alle anderen Fälle persönlicher Unfähigkeit der Mitbürgen ausdehnen, da das Gesetz voraussetzt, daß niemand auf eine leichtsinnige Weise und ohne genaue Erforschung der Persönlichkeit seiner Mitbürgen eine solche solidarische Haftung übernehmen werde. Ob sich jemand für das Ganze oder einen Kopftheil mitverbürgt habe, ist nach den Bestimmungen des Bürgschaftsvertrages in jedem einzelnen Falle zu bemessen. Eine Vermuthung streitet weder für das Eine noch für das Andere. (l. 51 pr. D. [46. 1].) Bezahlt der eine Mitbürge sogleich seinen ihn treffenden Antheil, so ist er dadurch noch nicht wegen der Antheile seiner Mitbürgen von aller Haftung absolut befreit, sondern er kann sich nur in solchem Falle der Einrede der Rechtswohlthat der Theilung bedienen, woferne die anderen Mitbürgen zur Zeit der Klagstellung zahlungsfähig waren (l. 51 § 1 D. [46. 1]), sind sie nicht zahlungsfähig, so tritt der Fall der l. 23 C. (8. 41) ein, wonach es dem Gläubiger freisteht, die Hauptschuldner oder die Bürgen nach seiner Wahl anzugreifen, oder jeden zu seinem Antheile zu belangen, oder wenn der Belangte keine Befriedigung leistet, sich an einen Andern zu halten, indem durch eine solche Auswahl des Gläubigers die solidarisch verhafteten Mitbürgen nicht befreit werden. Wenn übrigens einer oder der andere Bürge nach geschehener Streiteinlassung unzahlbar werden sollte, so beschwert dieses die übrigen, nur auf ihre Antheile belangten Mitbürgen nicht mehr, sondern der Schaden trifft den Gläubiger, der es sich selbst zuzuschreiben hat, daß er jene nicht zu rechter Zeit belangte. (l. 51 § 4 D. [46. 1].)

Eine in erster Instanz übernommene Prozeßbürgschaft dauert bis zur vollständigen Erledigung des Rechtsstreites, wenn nichts Anderes verabredet wurde. (M. L. R. Tit. XX. § 5.)

Rechte des Bürgen. 1) Zahlt der Hauptschuldner nicht rechtzeitig, oder geräth er vorher in Vermögensverfall, so ist der Bürge berechtigt, denselben auf Zahlung zu belangen, damit er (der Bürge) selbst von seiner Verbindlichkeit frei werde. Es ist selbstverständlich, daß der Bürge nicht zu warten braucht, bis der Schuldner sein Vermögen ganz durchgebracht hat (nam vigilantibus jura sunt scripta), und er dann das leere Nachsehen hätte. Der Vermögensrückgang muß übrigens erst nach der Bürgschaftsleistung eingetreten sein, denn eine frühere Unvermögenheit trifft den Bürgen selbst, weil er sich nicht besser vorgesehen hat. (M. L. R. § 6.)

2) Ist die Bürgschaft nur auf eine bestimmte Zeit übernommen, so endet sie nach Ablauf dieser Frist; ebenso, wenn die Schuld bezahlt ist. Ist jedoch die Bürgschaft für eine, zu einer bestimmten Zeit zu zahlende Schuld übernommen, so endigt sich die Bürgschaft mit Ablauf der Frist nicht, aber der Bürge kann gegen den Schuldner nach Tit. XX. § 6 des M. L. R. einschreiten, und für später anwachsende Zinsen ist er nicht verpflichtet, wenn der Gläubiger ohne seine Zustimmung eine Zahlungsnachsicht gewährt hat. (Tit. XX. § 7.)

3) Ueber Bürgschaften der Frauen vergl. § 102.

Titulus XXI.

Von Arresten oder Kummer, auch denen, so Bonis cediren *)

§ 1.

Arresten oder Kummer.

„Obwohlen sonsten gemeiniglich in Rechten nicht erlaubt ist, daß, wann einer den andern zu belangen hat, der „Process von Arresten und Kummeren angefangen werde, „so giebt es doch in Rechten solche erhebliche und wichtige „Ursachen, daß sothane Arresten gar wohl erlaubt, und „einem Creditori ohne selbige nicht wohl zu deme, was ihm „gebühret, geholffen werden könne."

§ 2.

Seynd bei Verdacht des Schuldners Flucht erlaubt. Und wie.

„Dahero verordenen und wollen Wir, wann ein Schuldner „verdächtig, daß er durchgehen wolte, alsdann dem Creditori „erlaubt seie, denselben auf seine Gefahr setzen, oder dessen „Effecten mit Kummer bestricken zu lassen; Wäre aber der „Verdacht nicht kundbar, oder sonsten erweißlich, so soll der „Creditor', dem richterlichen Befund nach, aydlich erhärten, „daß er seinen Debitorem der Flucht, oder daß er das seinige „auf Seithen bringen wolle, verdächtig halte, und daß er „ihn nicht aus Animosität oder Gefährde anhalte oder dessen „Effecten mit Kummer bestricken lasse."

§ 3.

Item bei Muthwilligen Banqueroutirer,

„Wann auch ein Handelsmann oder Jud Banqueroute „machete, und nicht erweisen könnte, daß er durch merk„würdige Unglücks-Fälle darzu gekommen wäre, so mag der„selbe, auf Begehren und Gefahr des Gläubigers, in Arrest „gesetzet, oder dessen Effecten auf Gefahr des Creditoris mit „Kummer beleget werden, jedoch daß im ersten Fall ihme der „Gläubiger 6 kr. täglich zum Unterhalt reiche."

---

*) Die Bestimmungen dieses Titels, welche dem Prozeßverfahren angehören, sind für Bayern durch die allgemein eingeführte Gerichtsordnung cap. XVIII. und XIX. außer Wirksamkeit getreten.

§ 4.

Bei Fremden, so nicht zahlen wollen.

„Wann ein Fremder, so in Unseren Churfürstl. Landen „nicht angesessen, mit einem von Unseren Unterthanen con„trahiret, oder bei Kauffleuthen und Krähmeren etwas aus„genommen, oder bei Handwerks-Leuthen etwas hätte machen „lassen, und solches nicht bezahlen wolte, oder aber"

§ 5.

Oder wo bey deren Obrigkeit keine Hülff zu erlangen.

„Wann ein Ausländischer Unseren Unterthanen etwas „schuldig wäre, und er an dem Ort, wo der Frembde wohnet, „auf gethanes Ansuchen keine Rechts-Hülff erlangen könnte, „noch ihme zu seiner Schuld verholffen werden wolte, so hat „allenfalls der Arrest oder Kummer, wann der Ausländische „keine Caution stellen könnte, oder wolte, auf Gefahr dessen, „so es begehrt, statt."

§ 6.

Nicht aber bei denen Schuldnern, so Bonis cediren.

„Wolte einer, deme die Execution oder die Creditores „keinen ferneren Verschub oder Nachsicht gestatten wolten, „Bonis cediren, so solle ihm dieses gestalten Umständen nach „gestattet werden, auch auf diesen Fall derselbe mit Personal„Arrest nicht bekümmert, sondern alsdann ihme seine täg„liche Kleydung, auch Bücher und Handwerks-Zeug, jedoch „nach Ermäßigung des Richters, gelassen, all sein übriges „Vermögen aber seinen Gläubigern übergeben, und des Ends „ein Concurs formiret werden; Falls aber ein solcher „Schuldner ein muthwilliger Verschwender oder betrüglicher „Banqueroutirer wäre, so hätte er sich dieser Wohlthat nicht „zu erfreuen, sondern es wäre gegen denselben nach schärffe „deren Rechten obangezogener Maßen zu verfahren."

Betrügliche Banqueroutirer ausgenommen.

Titulus XXII.

Vom Vorzugs-Recht und Location deren Creditoren in Concurs-Fällen. *).

§ 1.

Concurs.

„Damit bei sich ergebenden Concurs-Fällen Unsere Gerichte wissen, wie einer dem andern in denen abzufassenden „Locations-Urtheilen vorzuziehen seye, so ist zu wissen, daß

Folgende 12 Gattungen mögen in Concurs nicht gezogen werden.

1) „diejenige in keinen Concurs mögen gezogen werden, „denen der Eigenthum einer Sache, so der fallirende Debitor etwan innen hat, annoch zustehet, mithin derselbe Actione reali ansprechen könne, wie auch"

2) „derjenige, der etwas nur deponiret, oder in Verwahr gegeben, und sich bey dem Depositario annoch in „natura vorfindet;"

3) „Der einem etwas in Temporal-Bestand gegeben;

4) „Der Verkäuffer, der dem Käuffer das verhandelte „zwar würcklich eingehändiget, jedoch aber fidem de pretio „nicht gehabt, das ist: wegen der verkaufften Sache zur Zahlung „einige Frist demselben nicht bedungen und bewilliget, sondern selbige in Hoffnung gleich darauf erfolgender Zahlung, „übergeben hat, oder folgen lassen, welches er aber entweder „ordentlich zu erweisen, oder, gestalten Umständen und richterlicher Ermäßigung nach, endlich zu erhärten schuldig, jedoch „anderst nicht, als wann die Sach annoch in des Schuldners „Gewalt sich befindet, oder dieser selbige nicht betrüglicher weiß „in die dritte Hand gespielet hätte;"

5) „Der Verkäuffer, der sich das Dominium oder „Eigenthum ausdrücklich in dem erkaufften vorbehalten;"

6) „Der Schuldner wegen des Unterfands, so er „dem „Creditori gegeben, der nunmehr falliret, und über

---

*) Der Inhalt dieses Titels ist durch die Prioritätsordnung zum bayerischen Hypothekengesetze vom 1. Juni 1822, soweit er die Vorzugsrechte der Gläubiger in Concursen betrifft, aufgehoben. Soweit die Bestimmungen die Rechte der Ehefrauen und der Kinder betreffen, sind sie bereits an den entsprechenden Stellen der Tit. I., III., IV., VII., XIX. berücksichtiget worden.

„dessen Vermögen ein Concursus Creditorum erwecket worden, „doch muß er zuvor das schuldige Capital und Interessen „in Concurs geben;"

7) „Der Socius des fallirenden Schuldners wegen „der Sache, so er in die Compagnie gegeben, und in natura „noch vorhanden, wann nemlichen die klagenden Creditores „keine Gläubigere der Compagnie, sondern des Socii in „privato seynd,"

8) „Der einem etwas precario, oder umsonst her- „geliehen, wann dasselbe in natura noch vorräthig ist;"

9) „Der Minderjährige wegen des Guts, so sein Vor- „munder nulliter an den fallirenden Creditor verkaufft.

10) „Wie auch wegen dem Gut, so der Fallit mit „des Minderjährigen Geld gekauft."

11) „Die Frau wegen desjenigen, so sie ihrem Mann „als ein Heuraths-Gut an liegenden Güteren und Effecten „(wann selbige nicht dem Mann in einem gewissen Preiß „Verkauff-weiß, sondern nur des eigentlichen Werths-halber „taxiret worden) zugebracht, wann selbige noch vorhanden, „und zwar dergestalten, daß wehrender Ehe die Creditores „nicht einmal den Usum fructum oder Nutzniessung darauf „haben sollen, welcher dem Mann aus denen dotal-Gütern „zukommt, es seye dann, daß die Schulden wehrender Ehe „wären gemacht worden, und alsdann sollen die Creditores „den Genuß des Heuraths-Guts länger nicht haben, als der „Mann lebet, wann auch schon das Heuraths-Gut in pretio „taxato, oder in einem gewissen Anschlag wäre gegeben „worden; Falls jedoch einige Schulden wehrender Ehe mit „Vorbewust und Einwilligung der Frau gemacht worden „wären, so ist dieselbe, nach dem ihr zukommenden Antheil „oder quota aus der Errungenschafft, auch allenfalls aus „ihrem Heuraths-Gut mitzubezahlen schuldig. Dahingegen „soll dasjenige, so ihr der Mann zur Widerlag gegeben, in „den Concurs gezogen, und an seinem behörigen Orth im „Locations-Urtheil, nach Anleitung deren gemeinen Rechten „gesetzet werden."

12) „Wann aber jemand ein Pfand in Händen hat, „so mag das Pfand zwar in den Concurs gezogen, und „plus offerenti verkaufft werden, jedoch anderster nicht, als „daß aus dem erlösten Kauff-Schilling vorzüglich das darauf „specialiter versicherte Capital und Interesse dem Pfands- „Inhabern wieder erstattet werde."

§ 2.

Erste Concurs-Class.

„Nach diesem kommen in dem Concursu oder Processu „edictali in der ersten Class diejenige, so ein besonderes „Vorzugs-Recht haben als nemlich"

„Erstens, wann jemand währendem Concurs, zu Er- „haltung und Bauung des Schuldners Güter oder dergleichen, „Geld hergeben."

„Zweitens, die Gerichts-Gebühren, worunter auch des „Curatoris Bonorum Bemühung zu rechnen."

„Drittens, die Begräbnuß-Kösten des Schuldners oder „dessen Weib oder Kinder."

„Viertens, die Barbierer- Doctor- und Apotheckers- „auch Pfleg- und Warthungs-Kösten der letztern Krankheit, „an welcher der Debitor, dessen Frau oder Kinder gestorben."

„Fünftens, der von ein oder mehreren Jahren er- „weißlich rückständige Liedlohn, deren Knecht, Mägd, und in „des Meisters Kost stehender Gesellen."

„Sechstens, hierauf wollen Wir, daß ferner gesetzet „werden, Unsere Cammer oder Fiscus wegen Schatzung, „Grund-Zinß und anderer dergleichen Herrschaftl. Gifften, „auch eingenommenen Herrschaftl. Gefällen, desgleichen auch „die Kirchen, Hospitäler und piae fundationes, nach Maß- „gab der unterm 12. October 1741 und unterm 10. May „1751 von Uns erneuerten Verordnung, jedoch dergestalten, „daß, wo der Fiscus und die in oballegirter Verordnung „gemelte pia corpora concuriren, in solchem Fall die prio- „ritas temporis zwischen beyden angesehen, dafern aber sowohl „der Fiscus, als das pium Corpus zu gleicher Zeit ein- „tretten, alsdann solle solches mit gleichem Recht geachtet, „und zwischen beiden pro rata dividiret werden, dieses aber „ist dahin zu limitiren quoad administrationem bonorum „Ecclesiarum & piorum Corporum, wie auch ihnen aus- „stehenden Grund-Zinsen, keines weegs aber de mutuis „derenselben zu verstehen, als wegen welchen sodann sie sich „vorgedachten privilegii Fisci keines weegs zu erfreuen „haben, sondern in solchem Fall seynd dieselbe denen ge- „meinen Rechten nach zu collociren."

§ 3.

Zweite Class.

„Hierauf folgen in der zweiten Class diejenige, so eine „privilegirte Hypothek haben, nemblich"

1) „das Weib wegen ihres Heuraths-Guths, es bestehe „solches gleich in Geld, beweg- oder unbeweglichen Güteren, „wann selbiges demnächst nicht mehr vorhanden."

„Welches Recht dann auch zukommt des Weibs Kinder „wegen ihrer Mutter Heuraths-Gut, wann selbige aus der „nemblichen Ehe, aus welcher das Heuraths-Gut begehret „wird, gebohren seynd."

2) „Die Pupillen, wann aus ihrem Geld eine Sache „von ihrem Vormund ist gekauft worden, welchem Falls ihnen „freistehen solle, entweder dieser privilegirten legalen Hy- „pothek sich zu bedienen, oder die aus ihrem Geld von ihren „Vormunderen gekaufften Sache utili rei vindicatione an „sich zu bringen. Ferners gehöret anhero"

3) „Wann jemand zu eines zusammengefallenen oder „zusammenfallen wollenden Hauses Reparation Geld her- „leyhet, jedoch muß sothanes Haus aus solchem Geld würklich „wieder hergestellet worden seyn; Thäte aber"

4) „Jemand Geld herleyhen zu Reparation oder Er- „kauffung einer anderen Sach, so kein Haus ist, so wird

„erfordert, daß er in specie zu solchem Ende das Geld nicht „allein hergeliehen, sondern auch in selbigen Sachen sich „expressè gleich anfänglich eine Hypothec hat geben lassen, „weniger nicht, daß sothanes Geld in solche Sach würcklich „verwendet, oder selbige darmit angeschafft worden, alsdann „hat ein solcher Creditor des Privilegii in dieser Class sich „erst zu freuen. Weniger nicht ist anhero zu setzen."

5) „Der Fiscus, wann jemand mit demselbigen einen „Contract geschlossen, und dem Fisco daraus schuldig ver„bleibt, jedoch hat diese privilegirte Hypothec nur Platz in „Ansehung derenjenigen Güteren, welche der Schuldner nach „dem geschlossenen Contract erst erworben; Solches ist aber „nicht zu verstehen, wann der Fiscus wegen Verbrechen eine „Straf zu forderen hat, dann in diesem Fall wird der Fiscus „zuletzt und so gar denen bloßen Chyrographariis nachgesetzt; „In diese Classe wollen Wir auch colloeiret haben."

6) „Welche eine vom Gericht bestättigte und coram „Notario & testibus, oder dem Schuldner allein zwar be„schriebene, dem Gerichte aber, worunter das verhypothecirte „Gut gelegen, ad protocollum insinuirte und vom Gericht „auf des Gläubigers und Schuldners Begehren confirmirte „Hypothec haben, jedoch daß letztere erst von Zeiten der „Insinuation und Confirmation für gerichtlich geachtet werde."

§ 4.

Wann die Massa zu gering, wie die Location zu machen.

„Sollten nun in dieser Classe mehrere Creditores sich „befinden, die Concurs-Massa aber nicht hinreichig seyn, „selbige zu befriedigen, so sollen diejenige, deren privilegirte „Hypothecen am ältesten seynd, denen jüngeren vorgezogen „werden."

§ 5.

Dritte Class.

„In die dritte Claß werden gesetzt diejenige, und zwar „zuerst, welche eine Legale, das ist: durch die gemeine Rechten „erlangte und sogenannte stillschweigende Hypothec haben."

„Hiernach folget in dieser Claß derjenige, welcher eine „vor dreyen Zeugen errichtete Hypothec in Handen hat und „wird diese einer bloßen conventional-Hypothec, wobey „keine drey Zeugen gegenwärtig wären, vorgezogen. Endlich „aber werden in dieser Claß, wann obige ihre Zahlung „erhalten, gesetzet derjenige, so privat- oder bloße conven„tional-Hypothecen in Handen haben."

§ 6.

Weme eine Hypotheca tacita und der Vorzug gebühre.

„Weme aber eine hypotheca legalis sive tacita com„petire, solches lassen Wir bei denen gemeinen beschriebenen „Rechten, wie auch so viel das Vorzugs- und privilegirte „Rechte betrifft, so weit es durch diese Unsere Lands-Gesätze „nicht abgeändert ist."

§ 7.

Wann ein Creditor in seines Concreditoris Platz eintritt.

„Würde aber ein nachkommender Creditor oder Chyro-„grapharius“ einem deren vorherigen Creditoren sein Capital „ablegen, so tritt er in dessen Platz und Rechte, obschon er „das Capital mit diesem ausdrücklichen Bedinge nicht abgelegt „hätte, noch sich selbiges cediren und abtretten lassen.“

§ 8.

Privilegia simplicia seynd aufgehoben.

„Sodann wollen Wir, daß die in gemeinen Rechten „geordnete Privilegia simplicia hiermit aufgehoben, und „derley Creditores inter Chyrographarios verwiesen haben.“

§ 9.

Vierte Class

„In der vierten Claß endlich werden bezahlt die chyro-„graphariſche Creditores, das ist: diejenige, welche weder „ein dingliches Recht, noch jus praelationis haben, sie mögen „ihre Forderungen durch eine Handschrift, durch Zeugen, oder „des Schuldners eigene ohnverdächtige Geständnuß beweisen.“

§ 10.

Darin wird jeder pro rata Summae bezahlt.

„In dieser Claß wird jeder, wann die concurs-Massa „nicht hinreichet, ohne auf die Zeit des beschehenen Vorschuß-„oder Geld-Darleyhe zu sehen, pro rata seiner sich hoch oder „gering belauffenden Forderung, bezahlet.“

§ 11.

Währendem Concurs

„Weilen es sich bißhero vielfältig geäussert, daß wäh-„rendem Coucurs dem Schuldner oder dessen Eheweib und „Kinder die Alimenta seyen gereicht worden, wodurch der „Concurs auf viele Jahr hinaus verlängeret, und die Chyro-„grapharii endlich gar um das ihrige gebracht worden, solches „aber an sich bedenklich und denen Creditoribus schädlich „fallet“,

ist dem Schuldner, außer der täglichen Kleidung nichts zu lassen.

„So soll dem Schuldner oder denen Seinigen von an-„gefangenem Concurs nichts mehr geben, ihme auch, aus-„schließlich der täglichen Kleidung, nichts gelassen werden.“

Wie es zu halten, wann er bonis cediret, oder Caution stellet.

„Würde er aber freywillig bonis cediren, und hin-„längliche real- oder fidejusorische Caution gestellt haben, „daß er die Schulden nach und nach alle bezahlen wolle, so „solle ihme alsdann sein Vermögen zur freyen Disposition „gelassen werden.“

Wann und wie lang der Frau der Genuß des Zubringens bleibe.

„Dahingegen, wann ein rechtlicher Zweifel obwaltet: „Ob die Schulden in stehender Ehe gemacht worden, und ob „die Frau daran etwas zu zahlen schuldig seye, so solle der „Frau der Genuß ihres gantzen vorräthigen Zubringens „währendem Concurs in so lang verbleiben, biß daß durch

„Rechtskräfftige Urthel ausgemacht seyn wird, ob, auch was, „und wie viel dieselbe an denen Schulden mit zu bezahlen „gehalten seye, jedoch ist die Ehefrau in solchem Fall zu „Versicherung deren Creditorum hinlängliche Caution zu „stellen verbunden."

§ 12.

Wann des Schuldners Vermögen zu verkauffen. Wie das Geld nach erstem Urtheil an die Creditores abzugeben. Was in Mangel der Caution zu beobachten.

„Ferner sollen auch gleich nach erweckt und würcklich „angehobenem Concurs, wann der Richter siehet, daß die „Massa zu Bezahlung aller vorhandenen passiv-Schulden „nicht hinreichig, des Schuldners gantzes Vermögen verkaufft, „sofort nach erfolgtem Urthel erster Instanz das erlöste Geld, „non obstante appellatione, an die in sententia à qua „vorgesetzten Creditores gegen Caution verabfolget werden;"

„Die aber im Ertz-Stifft keine real- oder fiedejusso- „rische genugsame Caution stellen, deren Portion wäre bey „Gericht, biß zu völligem Austrag der Sache zu hinterlegen, „oder gegen genugsame Versicherung auszuleyhen, und diesen „Creditoren ab illo dato keine pension mehr zu passiren."

Titulus XXIII.

Wie ein Kauff und Verkauff, auch wegen veräusserten Heuraths-Guts oder Zubringens, auffgehoben werde.

§ 1.

Vervortheilung über die Helfft hebt Kauf und Verkauf.

„Wo jemand im Kauffen über die Helfft vervortheilt „worden, also, daß der Verkäuffer nicht die Helfft des rechten „Werths für das veräusserte bekommen hätte, so mag der „Verkäuffer begehren, daß ihme der Käuffer sein erhandeltes „wieder gebe, oder den gebührenden Werth biß auf die ab„gehende Helfft ersetze, die unterdessen empfangene Früchten „aber wäre der Käuffer mit dem Guth nicht wieder heraus„zugeben schuldig, eben also mag auch der Käuffer begehren, „daß der Verkäuffer sein verhandeltes wieder nehme, oder „was er merklich über die Helfft zu viel dafür genommen, „hinwieder vergüte."

§ 2.

Wie es zu halten, wann das Gekauffte vor der Klag schon wieder verkaufft.

„Thäte aber der Käuffer unterdessen ein solch gekaufftes „Gut wieder verhandeln, ehe der erste Verkäuffer ihn wegen „der Vervortheilung vor Gericht belangte, so hat derselbe „zwar an den zweyten Käuffer wegen des Guts keine An„sprach, sondern müßte sich begnügen, daß ihme der erste „Käuffer den Abgang, biß zur Ergänzung der Helfft des „wahren Werths, ersetze."

§ 3.

Der Untergang der Sach hindert den Ersatz nicht.

„Wäre auch schon dem Käuffer das erhandelte immittels „verbrennt, oder sonsten zu Grund gegangen, so mag doch „der über die Helfft vervortheilte Verkäuffer nichts desto„weniger den Käuffer dahin anhalten lassen, daß er ihme „den rechten Werth des verhandelten Hauses, Vieh, Waar „oder dergleichen, biß auf die Helffte des zu Zeit des ge„schlossenen Contracts befundenen wahren Werths, ersetze."

§ 4.

In dem zurückerhaltenen seynd die Meliorationen zu ersetzen.

„Gäbe der Käuffer dem vervortheilten contrahenten „das gekauffte wieder, so muß dieser hingegen ihme auch die „in dem verkaufften Haus, Güter oder sonsten geschehene „Meliorationes wieder ersetzen."

§ 5.

Dem die Laesion vorher bekannt, hat keine Action,

„Wann aber der Verkäuffer bey Schließung des Kauff-„Contracts gewußt, daß das Verkauffte über die Helfft mehr „werth, oder der Käuffer, daß er über die Helfft mehr gebe, „als das erhandelte werth gewesen, und hätte gleichwohl „solchen Contract eingegangen, so kann er nachgehends wegen „einer Vervortheilung keine Action erregen."

§ 6.

auch der, so sich der exceptione Laesionis begeben.

„Wie auch, wann jemand der Exception der Ver-„vortheilung über die Helfft specialiter sich begeben, so kann „er nachgehends sich dieser nicht mehr bedienen, er habe „gewußt oder nicht gewußt, daß er in dem Accord in „Schaden gekommen; Ein anderes ist es hingegen, so er in „genere allen ihme zu gute kommenden Exceptionen und „Rechts-Wohlthaten renunciiret hatte."

§ 7.

Verkauf des immobilar Heuraths-Gut von dem Mann ist nichtig, wann die Frau nicht verwilliget, oder in zehn Jahren deswegen nicht geklaget.

„Der Frau in liegenden Güter oder Häuser bestehendes „Heuraths-Gut, Dos oder Zubringen kan durch den Mann „nicht verkaufft werden, es habe dann die Frau nach vor-„hergegangener Belehr- und Erinnerung deren ihr wegen des „Heuraths-Guts oder Zubringen zu kommender weiblichen „Beneficien, auf dieselbe ausdrücklich renunciiret, und in „den Verkauff gewilliget, oder sie habe diesen Verkauff in „zehn Jahren nicht angefochten, alsdann soll der Käuffer „sicher seyen, obschon sie sich an ihrem Mann wegen des „Heuraths-Gut oder Zubringen nicht mehr erhohlen könnte."

§ 8.

Wann der Käuffer in malam fidem gesetzt werde.

„Würde ein Käuffer vor dem Kauff gewarnt, daß das-„jenige, so er zu handlen willens, einem andern, als dem „Verkäuffer, gantz oder zum Theil zustünde, so kommt er „dadurch in malam fidem."

---

§ 310.

Von Käufen und Verkäufen.

I. Von der Verletzung über die Hälfte. Die Bestimmungen des M. L. R. wegen Verletzungen bei Käufen oder Verkäufen nach

Tit. XXIII. § 1 — 6 sind durch den bayr. Landtagsabschied vom 10. November 1861 nr. 13 lit. d. aufgehoben.

Hierher gehört auch die Bestimmung in Tit. XXXI. § 4, wornach ein außergerichtlicher Vergleich der Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte unterliegen soll, sowie die Bestimmung des fürstl. Leiningenschen Aemterreglements (Weber, Statutarrechte Bd. III. S. 114 nr. 5), wornach, wenn auf das Rechtsmittel der Verletzung über die Hälfte in dem Kauf- oder Tausch-Vertrage verzichtet werden soll, vorher eine Schätzung und Veranschlagung des Objektes, und hiebei die Ermittlung eintreten muß, ob eine Verletzung über die Hälfte eintrete. Erst nach diesem Verfahren soll auf die Einrede der Verletzung verzichtet werden können, wenn sich durch die Prüfung eine Verletzung nicht vorgefunden hat. Hiebei mußte der Beamte den Parteien sowohl die Natur dieser Einrede, als den Erfolg des Verzichtes umständlich erklären.

Die Aufhebung dieser aus dem römischem Rechte in viele Partikulargesetzgebungen übergegangenen Bestimmungen ist begründet durch die Erwägung, daß selbstständige Personen im Verkehrsleben sich ihrer Handlungen bewußt sind, und daß sie ihre Rechtsgeschäfte erst nach Prüfung aller Umstände vornehmen werden, daß sohin eine Gesetzgebung, welche solche Personen vor Irrthum und Uebervortheilung schützen wollte, in eine Bevormundung ausarten würde, welche den Verkehr hemmt, statt ihn zu befördern.

Aus demselben Grunde ist aber die Anfechtbarkeit von Theilungen wegen Verletzung der Interessenten von diesem Gesetze ausgeschlossen, weil dieselben in der Regel gar nicht in der Lage sind, selbstbestimmend auf Art und Größe ihrer Antheile einzuwirken. Sie können auch nicht „handeln", auch der individuelle Maßstab des Werthes, der bei einem Veräußerungsgeschäfte die Parteien zur Eingehung des Geschäftes bestimmt, fällt hinweg, überhaupt kann bei Theilungen von einem „Mißverhältnisse zwischen Leistung und Gegenleistung" nicht gesprochen werden. (v. Völderndorf, Commentar zum Gesetz vom 10. November 1861. — Bayerns Gesetzgebung Thl. I. Bd. 3. S. 360.) Verletzungen wegen Theilungen (M. L. R. Tit. XVI. § 13) können daher nach wie vor angefochten werden, und bleiben sich deßhalb die Interessenten nach Tit. XVI. § 3 des M. L. R. zur Währung verbunden.

II. Verkauf des Heirathsgutes und Zubringens der Frau. (Vergl. Tit. XXIII. § 7 und § 82 und 83 dieser Darstellung.)

III. Form des Verkaufes der Liegenschaften. Nach einer kurmainzer Verordnung vom 24. Mai 1798 sind alle Käufe und Verkäufe, Schenkungen, Verpfändungen und Veräußerungen liegender Grundstücke jedesmal alsbald und unter Strafe der Nichtigkeit der deßfallsigen Verträge und Handlungen dem Gerichte anzuzeigen. Auch soll auf dergleichen vorschriftswidrige, und ohne vorherige Anzeige errichtete Kauf- und andere null und nichtig erklärte Handlungen in vorkommenden Klagfällen bei gerichtlichen Erkenntnissen durchaus keine Rücksicht genommen werden [1]).

---

[1]) Die Verordnung vom 24. Mai 1798 lautet:

Die vielfältigen besonders während den Kriegsjahren eingeschlichenen Unordnungen, welche eben jetzt am sorgfältigsten zu verhüten sind, wo so leicht das Eigenthum der Güter in Ungewißheit gebracht, und der Käufer sowohl als der Verkäufer gefährdet werden kann, veranlassen Uns, die schon bestehenden Churfürstlichen und

Gemäß dieser Verordnung konnte aus einem außergerichtlich abgeschlossenen Veräußerungsvertrage über Liegenschaften weder auf gerichtliche Protokollirung noch auf Entschädigung geklagt werden, ebensowenig konnte der etwa bereits bezahlte Kaufschilling zurückgefordert werden [1]). (Vergl. Bl. f. R. A. Bd. IX. S. 33 ff.) Diese Verordnung ist durch Gesetz vom 5. Oktober 1863 (Ges.-Bl. S. 44) für Bayern aufgehoben, und kann daher nur noch auf Kaufverträge, welche vor Verkündung dieses Gesetzes geschlossen wurden, Anwendung finden. Jene Verordnung hatte für die Mainz'schen Gebietstheile ihre guten Früchte getragen, indem Eigenthumsprozesse über Liegenschaften fast unmöglich waren, obgleich anderseits die an die Verordnung geknüpften Folgen der völligen Unklagbarkeit jeder aus einem außergerichtlichen Traktate fließenden gemeinrechtlichen Haftung, z. B. wegen Kostenersatz, Rückgabe gezahlten Kaufschillings ꝛc. oft nur einen Schutz für empörende Schlechtigkeiten abgaben.

Regierungs-Verordnungen, besonders jene vom 12. Juni 1784 und 17. Juni 1785 hiemit zu wiederholen, und ausdrücklich zu bestätigen. Kraft dieser älteren Verordnungen sollen alle Käufe und Verkäufe, Schankungen, Verpfändungen, Tausch, Uebergaben und Veräußerungen liegender Güter aller Art, wie sie nur immer heißen mögen, jedesmal alsbald und unter der Strafe der Nichtigkeit der desfallsigen Verträge und Handlungen, demjenigen churfürstlichen Vogteiamte, in dessen Amtsbezirk dergleichen Grundstücke gelegen sind, angezeigt, und bis dahin diese Anzeige behörig protokollirt, und die angezeigte Handlung schriftlich ratificirt sein wird, der Kaufschilling, oder das sonst durch die Handlung beabsichtigte Geding, unter Strafe des Verlustes, oder doppelten Ersatzes, dem Verkäufer oder demjenigen, welchem aus der Handlung selbst einiges Recht zustehen könnte, nicht verabreicht und verabfolgt werden.

Auch ist auf dergleichen vorschriftswidrige und ohne vorherige Anzeige und Bestätigung gleichwohlen verrichtete Kauf- und andere null und nichtig erklärte Handlungen in vorkommenden Klagfällen bei gerichtlichen Erkenntnissen durchaus kein Bedacht zu nehmen.

Da die Unterlassuug dieser Anzeige, Protokollir- und Bestätigung das Eigenthum liegender Gründe um so mehr unsicher macht, als ohne die e bei den Ortsgerichten die, besonders zur Hypothekausfertigung erforderliche Ab- und Zuschreibung nicht geschehen kann, mithin Unordnung, oft auch regressorische Klagen erfolgen müssen, wie die Erfahrung bisher gelehrt hat, so verordnen Wir hierunter weiter:

Daß dergleichen Anzeigen jedesmal sogleich von den Kauf-Vogteiämtern den betreffenden Ortsgerichten, in deren Gemarkung das angezeigte Grundstück gelegen ist, behörig bekannt gemacht werden, damit auch in den Orten selbst die vorseiende Handlung zu Jedermanns Wissenschaft gelangen, sofort jeder, der ein Recht oder eine Klage dagegen zu bewahren oder einzubringen hat, sich dessen nothdürftig bedienen könne.

Aschaffenburg, den 24. Mai 1798.

Lieb. vdt. Hauck, Regssecret.

[1]) Die Vorschrift des römischen Rechtes, daß das Eigenthum einer verkauften Sache nicht durch den blosen Vertrag, sondern erst durch eine hinzutretende Uebergabe (Tradition) erworben werde, war schon im römischen Rechte rücksichtlich jener Grundstücke eingeschränkt, deren Identität keinem Zweifel unterworfen war, und auf welche der Erwerber jederzeit einwirken konnte. (l. 18 § 2 D. [41. 2].) Das in einer solchen Tradition liegende habere licere gewährt eigentlich auch nur die Möglichkeit der Besitzergreifung, und was der Käufer in dieser Beziehung selbst thun kann, braucht der Verkäufer nicht zu übernehmen. Die römische Form der Ueberweisung einer Liegenschaft hing wohl mit dem damaligen Mangel von Grundbüchern, und jener strikten Begränzung des Eigenthumes zusammen, welches nur durch ein wirkliches Vorzeigen dem Käufer bekannt werden konnte, sie würde aber zu einer Absurdität herabsinken, wenn man sie neben dem Art. 14 des Notariats-Gesetzes jetzt noch verlangen wollte, nachdem durch dieses Gesetz verlautbarte Liegenschafts-Verkäufe ebenso unwiderruflich und rechtswirksam werden, als sie ohne diese Form nichtig sind. Die Kaufurkunde dient jetzt zum Beweise der Vollendung der Veräußerung in ihrer gesetzlichen Form.

Die Bestimmungen des Hypotheken- oder Grundsteuergesetzes, wonach die Besitzverhältnisse im Hypothekenbuche oder Grundsteuerkataster einzutragen sind, würden den Mangel jener Verordnung rücksichtlich der Sicherheit des Eigenthumes nicht ersetzt haben, da weder das eine noch das andere Gesetz die Aufgabe hat, das Eigenthum zu verbriefen, sondern lediglich den Zweck, um die Belastungen eines Objektes selbst darzulegen, und Rechtsverhältnisse dritterer Personen an dem Objekte zu sichern; aber auch dieser Zweck könnte nicht vollständig erreicht werden, wenn nicht die Eigenthumsverhältnisse ebenso unbestreitbar festgestellt sind, weil der Eintrag einer Forderung im Hypothekenbuche nicht dagegen schützt, daß der darin angegebene Besitzer das Objekt vorher ohne öffentlichen Akt an einen Dritteren verkauft und den Kaufschilling eingenommen hat, sofort auch eine Hypothek darauf mit Wirksamkeit gar nicht mehr bestellen konnte.

Gegen derartiges Verfahren schützt nur die Strafe der Nichtigkeit einer ohne öffentliche Autorität geschehenen Veräußerung, und auf dieser Strafe beruht der ganze Credit und das öffentliche Vertrauen des Hypothekenwesens, wie dieses auch am Schlusse jener kurmainzer Verordnung besonders erwähnt ist.

An die Stelle dieser Verordnung ist nun Art. 14 des Notariats-Gesetzes vom 10. November 1861 für Bayern getreten, wodurch zugleich die erwähnten weiteren civilrechtlichen Folgen außer der Nichtigkeit der Eigenthumsübertragung beseitigt sind.

„Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen, oder diesen gleichgeachteter Rechte, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten."

Sobald nunmehr ein Rechtsgeschäft ein Immobile betrifft, an welchem Eigenthumsrechte einem Andern übertragen werden sollen, ist es von einem Notare zu verbriefen, also jeder Kauf, Tausch, Ueberlassung an Zahlungsstatt, Schenkung, Hypothekbestellung, Einräumung der Nutznießung, einer Servitut, einer Grundrente oder Reallast, Vergleich 2c.

Gründet sich die Uebertragung von Eigenthumsrechten unmittelbar auf das Gesetz, z. B. Erbrecht, und nicht auf Vertrag, so ist die Gültigkeit derselben selbstverständlich nicht von einer Notariatsurkunde abhängig. Die Folge der Nichtigkeit besteht darin, daß der Mitcontrahent nicht auf Erfüllung oder auf notarielle Verbriefung belangt werden kann, und diese Folge heftet sich nicht blos an die Eigenthumsübertragung, sondern an alle Verabredungen, unter welchen diese stattfinden sollte, z. B. über den Kaufpreis, Bedingungen, Conventionalstrafe, Reukauf 2c.

Bei Verträgen, welche außer den Eigenthumsübertragungen auch davon ganz unabhängige Verabredungen enthalten, also in der That eigentlich mehrere Verträge sind, trifft natürlich die letzteren die Folge der Ungültigkeit nicht.

Zur Errichtung der Liegenschaftsverträge sind nach Art. 44 des Not. Ges. alle Notare in Bayern autorisirt, die Parteien sind daher nicht an den Notar der gelegenen Sache gebunden, obgleich dadurch der außer dem Gerichtsbezirk der gelegenen Sache wohnende amtirende Notar von seiner Verpflichtung der ihm vom Gesetz aufgetragenen Vorbereitungshandlungen — Einsicht der Grundsteuerkataster, Hypothekenbücher 2c. — befreit wird.

IV. **Von der Vermittlung bei Kaufgeschäften rc. — Maklerlohn.** Im Fürstenthum Aschaffenburg resp. in den dazu früher gehörigen Gebietstheilen ist noch nachstehende Maklerordnung.[1]) in Uebung, wornach sich nur concessionirte Personen mit Unterhändler-Geschäften befassen, und dann nur nach dem beigesetzten Tarife ihre Entschädigung beanspruchen dürfen [2]).

---

[1]) Die angezogene Verordnung kann auf die Vermittlung von Heirathen nicht bezogen werden, weil dieses nicht zu den Diensten gehört, welche um Lohn verrichtet zu werden pflegen, und sich überhaupt zu einem gewerbsmäßigen Betrieb eignen, übrigens auch die Verordnung nur für Kauf- und Tausch-Geschäfte erlassen wurde.

Die Vermittlung von Heirathen ist zwar an und für sich nichts Verbotenes, oder den guten Sitten zuwider Laufendes, auch das Versprechen einer Vergütung dafür ist nichts Gesetzwidriges, allein es muß das Versprechen der Belohnung entweder in einer bestimmten Summe oder wenigstens in einem angemessenen Betrage geschehen sein, und nebst einem solchen allgemeinen Versprechen müssen in der Klage die thatsächlichen Verhältnisse dargelegt werden, worauf sich ein arbitrium boni viri über die Angemessenheit des geforderten Lohnes gründen läßt. (A. G. E. vom 26. Januar 1866 Nr. 315.)

[2]) Diese Verordnung lautet:

Fürstliche Landes-Direktion!

Um jenen Theil des Publikums, der Kapitalien aufzunehmen, Häuser, Güter, Weine oder Waaren anzukaufen gesonnen ist, den willkührlichen Forderungen unberufener und unverpflichteter Mäckler nicht länger Preiß zu lassen, setzen Wir fest:

1) Bei schwerer Strafe darf sich kein Anderer mit Mackelgeschäften abgeben, als derjenige, welcher von Uns aufgenommen, von dem Stadtamte in dieser Eigenschaft auf eine besondere Instruktion verpflichtet, und in dieser Eigenschaft dem Publikum öffentlich bekannt gemacht worden.

2) Die Gebühren des Maklers werden regulirt, wie folgt:
   von 1— 300 fl. 1 pCt.
   von 3— 600 fl. 3/4 pCt.
   von 6—1200 fl. 1/2 pCt.
   von 1200 fl. und darüber 1/4 pCt.

   Für Wechsel, Obligationen, Verkauf und sonstige Veräußerung dergleichen Papiere — 1 pCt.

   Vom Haus-, Güter-, Wein- und sonstigen Waarenverkauf — 1/4 pCt.

   Von Häuser- und Güter-Pachten, und zwar vom Bestande des ersten Jahres — 1 pCt.

3) Auf die mindeste Ueberschreitung dieser Gebühren hat der Makler eine scharfe Strafe zu erwarten.

4) Wird demselben streng verboten, Handlungs- oder Wechsel-Geschäfte auf eigene Rechnung zu machen, oder sich bei irgend einem in seinem Wirkungskreise liegenden Geschäfte weder direkt noch indirekt, unter eigenem oder simulirtem Namen zu interessiren.

5) Ebensowenig darf er für Rechnung jener, für welche er Geschäfte besorgt, Geld empfangen, noch bezahlen, sich nicht einmal für ein Handlungsgeschäft, das er besorgt, oder für dessen Vollzug als Bürge stellen.

Vorstehende Anordnung ist allenthalben, und zwar jeder Zunft insbesondere zu publiciren, alle Vogteien und Ortsvorstände sind hievon zu benachrichtigen, und das weiter Erforderliche ist von dem Stadtamte bekannt zu machen.

Aschaffenburg, den 8. Juni 1808.

Titulus XXIV.

Vom Abtrieb-Recht, Einstand oder Näher-Kauff. *)

§ 1.

Das Abtrieb-Recht dauert 6 Wochen bei Innländischen.

„Das Abtrieb-Recht soll nicht länger als 6 Wochen „währen, wann ein Gut an einen in Chur-Maynzischen „Landen gesessenen Unterthan verkaufft worden;"

Wie es bei Adlichen, Stifft- und Clöster zu halten.

„Wann es aber an einen Adligen, an ein Stifft oder „Closter verkaufft worden, soll es nach der dießfalls ema„nirten hieroben Tit. VII. § 4 angezogenen Amortizations„Verordnung vom 5ten April 1737 belassen und dieselbe „zu allen Zeiten ohnabänderlich beobachtet werden."

§ 2.

Darzu seynd die nächste Blutsfreunde,

„Sollen zum Abtreiben gelassen werden des Verkäuffers „hiezu qualificirte nächste Bluts-Anverwandte, es seye ver„kaufft an wen und wohin es wolle."

§ 3.

bei Fremden aber jeder innländische Unterthan befugt in 6 Monathen.

„Wann aber ein liegendes gantzes oder Stücklein Gut „an einen außer dem Ertz-Stifft Gesessenen verkaufft würde, „so solle ein jeder aus der Gemeind, oder sonsten aus dem „Ertz-Stifft innerhalb 6 Monaten zu diesem Abtrieb gelassen „werden."

§ 4.

Was der Abtreiber alsdann zu thun.

„Dem Abtreiber solle auf dessen Anfragen der Käuffer „treulich anzuzeigen schuldig seyn, was er für das Gekauffte „gegeben, was er für Weinkauffs-Kösten, Auslagen für Kauff„Brieff und sonsten gehabt habe, wie er es auf Begehren „des Abtreibers aydlich zu erhärten getrauet, und dieses alles

*) Alle Arten des gesetzlichen Retrakts-, Näher-, Anfalls-, Abtriebs- oder Zugrechtes, sowie das Reunions- und Redintegrationsrechtes sind aufgehoben. Nicht begriffen hierunter ist das auf letztem Willen oder Vertrag beruhende Vorkaufsrecht. (Gesetz vom 10. November 1861.)

„soll in diesen 6 Wochen oder respectivè 6 Monath dem „Käuffer baar wieder gegeben, oder wann dieser es nicht an= „nehmen wollte, alsdann bei Gericht hinterleget werden, und „zwar dieses bey Verlust des Abtriebs."

§ 5.

Das ohne Noth gebaute wird nicht vergütet.

„Der Käuffer solle innerhalb deren ersteren 6 Wochen „oder respectivè sechs Monath nach geschlossenem Kauff, nichts „ohne erheischende Nothwendigkeit an das gekauffte Gut ver= „wenden, oder wann er etwas ohne Noth angewendet hätte, „und er würde in denen 6 Wochen oder respectivè 6 Mo= „nathen abgetrieben, soll ihme solches nicht vergütet werden."

§ 6.

Bei Licitationen hat der Abtrieb nicht statt, ausgenommen den Erb-Bestands-Herrn.

„Bei denen öffentlichen subhastirten oder versteigerten „Güteren hat, kein Abtrieb Platz, außer wegen deren Erb= „bestands=Güteren, als worin dem Eigenthums=Herrn oder „Domino directo der Einstand und Abtrieb, auch sonstige „Befugniß, nach Verordnung deren gemein beschriebenen „Rechten, ausdrücklich vorbehalten werden."

§ 7.

Privat-Käuff seynd bei Gericht anzuzeigen.

Wie und wann die Abtriebszeit anfange,

wann der Käuffer gesichert.

„Sollen alle Kauff, so nicht sub hasta, sondern pri- „vatim geschehen, dem Gericht angezeigt und der Kauff von „dem Schultheißen oder Gericht des Orths, da die Güter „gelegen, fordersamst an gewöhnlichen Orthen, öffentlich ver= „kündiget werden, von welcher Verkündigung anzurechnen, „die 6 Wochen oder respectivè 6 Monath, so zu dem Ab= „trieb gewidmet, anfangen sollen, und wann diese verstrichen, „ohne daß ein Abtreiber sich dargestellet, wie oben im § 3 „erwehnet ist, so solle hernachmals keiner, weder unter dem „Vorwand der Minderjährigkeit noch Abwesenheit und Un= „wissenheit, oder anderen dergleichen Ursachen, mehr dazu „gelassen werden, sondern der Käuffer dießfalls sicher und „unangefochten bleiben."

§ 8.

Was der Abtreiber zu erlegen schuldig.

„Würde bei dem Kauff auch ein Gottes=Heller gegeben, „so solle denselben auch der Abtreiber innerhalb denen 6 Wochen „oder Monathen für den Weinkauff aber von einem gantzen „Gut mehr nicht, als zwey Gulden, von einem Acker oder „Weingarten aber, aufs höchste nur einen halben Gulden zu „erlegen gehalten seyn."

§ 9.

Der nächste Verwandte treibet ab, unter gleichen,

„Wann der Käuffer seinem Anverwandten ein Grund= „stuck abkauffet, so ist derjenige, so ihme noch näher ver= „wandt ist, befugt abzutreiben, wollten aber mehrere in

aber, der sich zuerst meldet.

„gleichem Grad Verwandte abtreiben, soll derjenige darzu „gelassen werden, der sich zuerst gemeldet hat."

§ 10.

Der eine Sach vorher zu kaufen verweigert, kan nicht abtreiben.

„Obschon einer bei einem Privat-Kauf zugegen ge„wesen oder wann es ihme vor dem Verkauff auch wäre feil„geboten worden um denselbigen Werth, wofür er es hernach „an einen andern verkaufft, und er es damahlen nicht zu „kauffen verlangt hätte, so mag er nachgehends alsdann zum „Abtrieb nicht gelassen werden."

Titulus XXV.

Von der Eviction, Währung oder Schadloßhaltung.

§ 1.

Der Verkäuffer muß den Käuffer vertretten, und wie,

„Wegen der Währleistung ist der Verkäuffer, er sey „ausländisch, geistlich, oder eine andere Person, den Käuffer „allda, wo derselbe angefochten wird, auf seine Köten nicht „allein zu vertretten, sondern ihme auch, falls das Verkauffte „dem Käuffer aberkannt würde, den Kauffschilling zusammt „dem dardurch erlittenen Schaden und erweißlichen Köten „zu ersetzen schuldig."

§ 2.

Wann schon keine Meldung geschehen.

„Die Währung ist ein jeder Verkäuffer oder Vertauscher „dem Käuffer oder dessen Erben zu leisten schuldig, ob er „sich schon darzu expressè nicht verbunden, oder ein Gut „nicht ausdrücklich für frey verkaufft, sondern nur einen Zinnß „ohnangezeigt gelassen hätte, den der Käuffer anjetzo zu geben „mit Recht gehalten wird."

§ 3.

Der von der Eviction Befreyte muß dannoch Documenta geben.

„Hätte aber der Verkäuffer sich expressè bedungen, „daß er wegen dieses oder jenes keine Währung zu leisten „schuldig seyn solle, so muß er Verkäuffer gleichwohlen dem „Käuffer mit dienlichen Documenten und Nachrichten an „handen gehen, und falls der Verkäuffer dieses zu thuen „weigerte, mag derselbe durch einen Ayd, auch sonstige „Zwangs-Mittel, auf Begehren des Käuffers, durch den „Richter darzu angehalten werden."

§ 4.

Was der angefochtene Käuffer zu beobachten.

„Der Käuffer, so er angefochten wird, ist dem Verkäuffer ad assistendum liti, oder ihn zu rechtlicher Vertheidigung in Zeiten citiren zu lassen schuldig, thäte er „aber dieses in erster Instantz nicht, so muß er von dem

„gegen ihn ausgefallenen Urtheil appelliren, und die Appel-
„lation einführen, demnach den Verkäuffer an den ordent-
„lichen Appellations-Richter citiren lassen, daß er ihn allda
„vertrette, doch ist hierbey der Unterschied, daß er Käuffer
„die bei erster Instanz gehabte Unköstten alsdann für sich
„tragen müsse."

§ 5.

Legata und Erbschaften werden nicht gewähret.

„Dem Legatario, welchem etwas vermacht worden,
„leisten die Erben keine Währung, wie auch ein Erb dem
„anderen keine Währung schuldig ist, wann der Testirer die
„Erbschafft unter die Erben selbsten vertheilet hätte, ohne
„Vorbehalt der Währschafft. *)"

§ 6.

Noch auch Schankung.

sie seie dann eine Vergeltung.

„In einer simplen Schankung ist niemand Währschaft
„zu leisten schuldig, es mag diese Schankung angefangen
„haben sive à traditione, sive à promissione, wann aber
„jemanden etwas wegen geleisteten guten Diensten und als
„eine Vergeltung geschenket würde, hätte die Eviction statt."

§ 7.

Der Verkäuffer muß ad assistendum vorgeladen werden.

Die Unterlassung schadet dem Käuffer.

„Wann ein Käuffer angefochten wird, und will von dem
„Verkäuffer vertretten werden, so muß er ihme dieses, wie
„obgemeldet, anzeigen, und ad assistendum liti selbigen
„vorbescheiden lassen, es seye demselben schon vorhero bekannt
„oder nicht, daß dem Käuffer wegen des verkaufften Guts
„Process gemacht werde; würde er aber denselben also nicht
„vorladen lassen, und er verliehrete das Haus, Gut oder der-
„gleichen, so ist ihme alsdann der Verkäuffer weiters keine
„Währung schuldig, wann auch schon bekannt gewesen, daß
„er den Käuffer bey dem erhandelten nicht hätte manuteniren
„können."

§ 8.

Weme und wann die Evictions-Kosten zu Last kommen.

„Hätte aber der Käuffer ohne den Verkäuffer ad assi-
„stendum liti citiren zu lassen, gleichwohlen den Process ge-
„wonnen, so mag er die gemachte Kosten von dem Verkäuffer
„nicht begehren, wann aber der Käuffer den Verkäuffer zwar
„ad assistendum citiren lassen, und der Verkäuffer nicht
„erscheinet, mithin der Käuffer sich alleinig defendiret, und
„den Process verliehret, so ist der Verkäuffer dem Käuffer
„die Kösten zu ersetzen schuldig, im Fall aber der Process
„gewonnen würde, so ist der Verkäuffer demselben sothane
„Process-Kösten zu bezahlen nicht gehalten."

*) Vergl. Tit. XVI. § 3.

§ 9.

Wie des Verkäuffers Erben zu der Eviction zu citiren.

„Wäre der Verkäuffer gestorben, muß der angefochtene „Käuffer dessen Erben alle citiren lassen, entweder mündlich „oder schrifftlich, wüste er aber nicht, wer dessen Erben „wären, soll er den einen Erben, der ihme etwa bewußt, bey „beschehender Insinuation der Citation darum fragen lassen, „und alsdann soll der insinuirende Notarius oder Pedell „die Citation allen denen übrigen Erben auch insinuiren. „welche der eine Erb angezeiget, und mündlich oder schrifftlich „bei Gericht referiren, wem er es in specie insinuiret „habe, Würde nun der eine Erb einen andern Mit-Erben „verschweigen, so soll er denselben auf seine Kösten noch vor „Ausgang der Sachen citiren lassen, thäte er aber das nicht, „so soll er den Käuffer allein schadloß halten."

§ 10.

Wie, wan der Käuffer des Verkäuffers Erb, und wan mehr Erben.

„Wurde aber der Käuffer des Verkäuffers alleiniger „Erb, so höret die Eviction von selbsten auf, wären aber „nebst ihm noch andere Erben, so wären die übrige Mit-„Erben jeder pro rata die Währung zu leisten schuldig."

§ 11.

Vergleich schließet Währung nicht aus, und wann.

„Desgleichen, was jemanden in einem Vergleich gegeben „wird, dafür, wie auch für dasjenige, so an Zahlung ge-„geben worden, muß Währung geleistet werden, wann es „nicht mit dem Last and Recht, wie es der Transigent oder „Cessionarius besessen, übertragen worden."

---

§ 311.

Wird ein Recht oder eine Sache gegen eine Leistung — also nicht aus bloser Freigebigkeit — an einen Anderen übertragen, und das Recht oder die Sache diesem neuen Erwerber von einem Dritteren im Prozeßwege abgestritten, so kann von dem Auctor (dem Uebertrager) jeder Schadensersatz an Hauptsache, Zinsen und Kosten verlangt werden. Diese Haftung des letzteren tritt ein beim Kauf (Tit. XXV. § 1), beim Tausch (Tit. XXV. § 2), bei der remuneratorischen Schenkung (Tit. XXV. § 6), bei Erbtheilungen (Tit. XVI. § 3), und gemeinrechtlich auch bei jeder Hingabe an Zahlungsstatt (Tit. XXV. § 11. l. 24 pr. D. [13. 7], l. 46 pr. § 1, l. 98 pr. D. [46. 3], l. 8 C. [7. 45], l. 4 C. [8. 45]), bei Bestellung eines Heirathsgutes, beim Pfandvertrag, bei Pacht- und Miethverträgen, und beim Vergleiche (Tit. XXV. § 11 Tit. XXXI. § 4). Keine Gewähr wird geleistet, wenn beim Vertrage ausdrücklich darauf verzichtet wurde (Tit. XXV. § 3) für das Vermächtniß einer bestimmten Sache (Tit. XXV. § 5) und für eine einfache Schenkung (Tit. XXV. § 6.) Fälle dieser Währung können eintreten, sobald derjenige, welcher das Recht oder die Sache abgetreten hat, nicht deren

Eigenthümer war, oder sie nicht abtreten durfte, wenn ein Dritterer ein Pfandrecht oder die Nutznießung davon hatte, wenn bestimmte Eigenschaften oder Berechtigungen der Sache zugesichert werden, welche nicht bestehen.

Sobald der neue Erwerber gezwungen wird, sein Recht angriffs- oder vertheidigungsweise bei Gericht zu vertreten, so hat er dem Auctor Kenntniß davon geben und ihn zur Uebernahme des Prozesses laden zu lassen. Jedenfalls ist der letztere verpflichtet, dem Erwerber die dienlichen Beweismittel an Handen zu geben, und kann nöthigenfalls vom Richter dazu angehalten werden (Tit. XXV. § 3. 4). Unterläßt der Erwerber die Beiladung seines Auctor zum Prozesse, so treffen ihn die Streitkosten (Tit. XXV. § 4), und er verliert auch sowohl nach Tit. XXV. § 7 als nach der bayr. G. O. cap. VIII. § 2 den Regreß gegen den Auctor, weil dieser vermöge der Natur des Geschäftes oder vermöge besonderer Zusicherung dafür haften soll, daß ein übertragenes Recht dem Erwerber kraft der Uebertragung wirksam und ungeschmälert zustehe, und weil der Erwerber durch Unterlassung jener Benachrichtigung dem Auctor die Möglichkeit benimmt, das ursprüngliche Recht zu vertreten.

Leistet dagegen der Auctor dieser Beiladung keine Folge, so ist ihm die Einrede abgeschnitten, daß im Rechtsstreite etwas versäumt worden sei, und es kann sich dann nur noch z. B. zwischen dem Käufer und Verkäufer um die Frage handeln, ob der Fall einer Gewährschaftsleistung gegeben ist.

Die Streitverkündung hat, abweichend von Tit. XXV. § 4 nach G. O. cap. VIII. § 2 nr. 2 immer nur in erster Instanz zu geschehen.

Die Pflicht der Gewährschaft geht auch auf die Erben des Auctor über, sowie das Recht, sie zu fordern, auf die Erben des Erwerbers (Tit. XXV. § 9). Wird jedoch der zur Gewährschaft Berechtigte Erbe des Verpflichteten, so vereinigen sich dadurch Recht und Pflicht in einer Person, und die Gewährschaft erlischt.

Bei mehreren Erben ist jeder für seinen Antheil die Gewährschaft zu leisten schuldig (Tit. XXV. § 10).

Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen ist durch Gesetz vom 26. März 1859 (Ges.-Bl. S. 33—42) regulirt.

Titulus XXVI.

Vom Wiederlösungs-Recht.

§ 1.

Wem die pactirte Wiederlösung eines Guts zukomme, und wie.

„Verkauffen zwey ein Gut, oder sonsten ein andere „Sach, mit dem Beding, daß sie es wieder lösen dörffen, „so stehet nicht allein ihnen beeden insgesambt die Lösung „frey, sonderen auch einem jeden von ihnen allein und ins„besondere, jedoch daß er das gantze Gut einlöse."

§ 2.

Das Lösungsrecht hat statt gegen Minderjährige.

„Kauffete eine minderjährige Person, ohne richterliche „Erkanntnuß und andere Solennitaeten, es seye mit oder „ohne seines Curatoris Wissen, unter dem Beding, daß dem „Verkäuffer das Recht vorbehalten seyn solle, das Gut zu „lösen, so ist er hierzu verbunden."

§ 3.

Der Kaufschilling muß auf einmahl baar erlegt,

„Behielte sich ein Contrahent das Lösungsrecht vor „auf eine gewisse Zeit, zahlete auch binnen solcher Zeit einen „Theil des empfangenen Kauffschillings wieder zurück, das „andere aber nicht, so mag er nachgehends, ohne neue Be„willigung des Käuffers, zu Wiederlösung nicht mehr gelassen „werden, wann er schon den gantzen Kauffschilling nach ver„flossener Zeit erlegen wollte."

§ 4.

oder gerichtlich deponirt werden.

„Es ist auch nicht genug, daß sich der Einlöser in „termino melde, und zur Erlegung des Kauffschillings sich „nur mit bloßen Worten anerbiete, sondern er muß das „gantze Capital auf einmahl zahlen, oder, da der Käuffer „es anzunehmen sich weigerte, das Geld gleich bei Gericht „völlig deponiren."

§ 5.

Lösungs-Recht wird nicht cedirt,

„Das Recht ein Gut zu lösen gehöret zwar dem „Paciscenten und dessen Erben, einem anderen aber kan es „auf keine Weiß übertragen werden."

„Es mag auch diese Gerechtigkeit, wann sie auf alle
„Zeit und ohnbeschränkt in des Verkäuffers freyen Willkühr
„gestellet ist, nemlich, daß er einlößen möge, wann und zu
„welcher Zeit er wolle, weder in dreysig noch mehreren
„Jahren praescribiret werden."

---

§ 312.

Das Wiederlösungsrecht hat mit dem Retraktrechte einige Aehnlichkeit, beruht aber nicht wie dieses auf gesetzlichen Bestimmungen, sondern auf freier Uebereinkunft der Contrahenten, daß dem Verkäufer (also auch dessen Erben) entweder auf eine bestimmte Zeit, oder für immer die Zurücknahme des verkauften Gegenstandes um den Kaufpreis vorbehalten bleiben soll.

Da dieses Recht nur durch Vertrag erworben wird, ist es durch Gesetz vom 10. November 1861 (Absch. III. § 28 b. des Landtagsabschiedes) nicht aufgehoben worden.

Vom Retrakt (Tit. XXIV.) unterscheidet sich das Wiedereinlösungsrecht dadurch, daß es nicht wie jenes Recht nur bei Verkäufen des Eigenthümers in bestimmter Zeit, sondern zu jeder Zeit und nach Belieben des Berechtigten innerhalb der bedungenen Zeit ausgeübt werden kann. Der Kaufschilling muß aber auch hier vor Abfluß des Termines vollständig berichtigt, oder von dem Einlöser bei Gericht hinterlegt werden, und zwar bei Strafe des Verlustes des Einlösungsrechtes. (Tit. XXVI. § 4.) Eine theilweise Einlösung des Objektes braucht sich der Käufer nicht gefallen zu lassen. (Tit. XXVI. § 1.) Auch minderjährige Käufer, selbst wenn sie ohne Zustimmung ihres Vormundes gehandelt haben, müssen sich das bedungene Einlösungsrecht gefallen lassen. (Tit. XXVI § 2.)

Durch das erwähnte Gesetz vom 10. November 1861 § II. Abs. 2 ist noch ein neues hierher bezügliches Recht allgemein für Bayern eingeführt worden, wonach dem Theilhaber an einer Gemeinschaft bei Veräußerung des Antheiles eines anderen Theilhabers an einen Fremden das Vorkaufsrecht zusteht.

Es sollte dadurch den Theilhabern die Unannehmlichkeit erspart werden, daß ihnen ein fremder Genosse aufgedrungen werden kann, was namentlich bei Erbschaften von großer Bedeutung ist, indem gerade hier durch die Bosheit eines Miterben oft die unangenehmsten Verhältnisse herbeigeführt werden können.

Die Wirkung dieses Rechtes besteht darin, daß der Theilhaber einer Gemeinschaft [1]), welcher seinen Antheil veräußern will, seine Mittheilhaber davon in Kenntniß setzen muß, und daß im Unterlassungsfalle die Veräußerung von den letzteren angefochten werden kann. Es besteht bei allen Veräußerungen, die Gegenleistung muß daher stets in Geld angeschlagen werden, z. B. beim Tausch [2]).

---

[1]) Werden behufs Theilung einer Erbschaftsmasse die dazu gehörigen Objekte nach Uebereinkunft der Erben veräußert, so findet das Vorkaufsrecht nicht statt, weil sich durch diese Theilung die Gemeinschaft auflöst.

Eine wichtige Anwendung findet das Gesetz bei getheilten Häusern, namentlich wenn die Theilung nach Stockwerken gemacht ist.

[2]) Die Bestimmungen des Tit. XXIV. § 4 u. 10 des M. L. R. können hierher analoge Anwendung finden. (Vergl. Commentar zum Gesetz vom 10. November 1861 v. Völdendorf — Gesetzgebung Bayerns Thl. I. Bd. 3 S. 346 ff.)

Titulus XXVII.

Von Temporal-Beständen.

§ 1.

Was für ein Temporal-Bestand zu achten.

„Es ist ein Contract für einen Bestand zu halten, „obschon der Paciscent kein baar Geld, sondern wann der„selbe nur eine gewisse Anzahl Früchten, Wein und der„gleichen um oder für den Gebrauch einer Sachen zu geben „versprochen."

§ 2.

Wann und wie die Verbesserungs-Kösten zurückzuforderen.

„Es mag auch ein solcher Beständer die in ein Gut „mit Vorwissem verwendete große, zu beständiger lang„wieriger Verbesserung gereichende Kösten von dem Locatore „oder Vermiether wieder forderen, es seye dann, daß diese „Meliorationen wieder verfallen wären, oder der Beständer „das Gut so lange benutzet, daß er sothane Kösten aus dem „Gut wieder gezogen hätte, oder füglich ziehen können, wie „auch wann in dem Contract versehen wäre, daß der Be„ständer die Meliorationen bey Aufhörung des Bestands „abzuziehen nicht befugt sein solle."

§ 3.

Vor Schadloßhaltung kan nicht ausgebotten werden.

„Kein Beständer kan vor der Zeit aus der Possesion „gesetzt werden, obschon ein Gut oder Hauß wäre verkaufft „worden, es seye dann, daß der Verkäuffer wirklich denselben „wegen nicht ausgehaltenen Bestands schadloß halte."

§ 4.

Der Austritt muß gerichtlich geschehen.

„Keiner soll seinen Beständer für sich und eigenen „Gewalts vertreiben können, obschon derselbe sich des Be„stands verlustiget gemacht hätte, sondern dieses muß, nach „vorhergegangenem Urtheil, durch richterliche Execution ge„schehen."

§ 5.

Wie lang ein Weib den Bestand ihres Guts zu halten schuldig.

„Verlehnet ein Mann die seiner Frau zustehende Hauß „oder Güter ohne ihren Willen, so ist dieselbe nach getrennter „Ehe den Bestand nicht mehr zu halten schuldig, es seye „dann, daß sie des Mannes Erbin wäre."

§ 6.

Wer die Lasten eines bestandenen Guts zu tragen.

„Die ordinari und extraordinari Schatzungen und „Zinnßen muß der Eigenthums-Herr, die Einquartirungen „aber und andere personal Lasten muß der Beständer tragen, „wann nicht in dem Bestand-Contract ein anderes bedungen „worden."

---

§ 313.

1) Der in diesem Titel behandelte Pachtvertrag besteht in der Uebereinkunft, daß der Verpächter (locator) dem Pächter (conductor) eine Sache zur Benutzung gegen einen bestimmten Preis überlassen soll. Diese Entgeltung für die Benutzung kann in Geld oder in Früchten bestimmt sein, und der Vertrag selbst wird im Statut Temporal-Bestand genannt, weil er nicht für immer, sondern nur für eine gewisse Zeit geschlossen wird (Tit. XXVII. § 1). Nothwendigerweise muß dabei das fruchttragende Objekt selbst dem Pächter zur Benutzung übergeben werden, weil die blose Ueberlassung der Früchte einem Kauf der Früchte oder Renten gleichkommt.

2) Der Verpächter muß sich die vom Pächter gemachten nothwendigen Verwendungen unbedingt, die nützlichen Verwendungen aber nur insoweit aufrechnen lassen, als sie nicht lediglich dem Pächter zu gut kommen, oder kommen können, und soweit sie bei Auflösung des Pachtes noch vorhanden sind.

In Tit. XXVII. § 2 heißt es zwar: die in ein Gut mit Vorwissen (des Verpächters) verwendeten Verbesserungen, allein darunter können nur willkührliche, und weder nützliche noch nothwendige Auslagen und Veränderungen verstanden sein, welche der Verpächter als Eigenthümer natürlich verhindern kann, weil sie im Inhalte des Vertrages nicht begründet sind.

3) Die auf dem Grund und Boden haftenden Lasten, wie Steuern (Schatzungen) und Zinsen, soferne sie nicht mit dem Ertrag zusammenhängen (wie z. B. Zehnten), muß der Eigenthümer tragen, wenn darüber nicht etwa besondere Verabredung getroffen wurde. Persönliche Leistungen, wie z. B. Einquartirung, muß der Pächter tragen. (Tit. XXVII. § 6.)

Außerdem hat letzterer die versprochene Pachtsumme entweder, wenn bedungen, in Fristen oder sonst am Ende der Pachtzeit zu entrichten, die Sache nach Endigung des Pachtes zurückzugeben, und jede Beschädigung, welche nicht durch die regelrechte Abnutzung geschehen ist, zu ersetzen.

4) Eigenmächtig kann der Verpächter den Pächter vom Pachtgute nicht vertreiben, auch wenn dieser sich durch Zuwiderhandlung gegen den Vertrag des Pachtes verlustig gemacht haben sollte (Tit. XXVII.

§ 4), sondern er muß bei Gericht Hülfe suchen. Die von dem Verpächter auf Erfüllung seiner Obliegenheiten gegen den Pächter zu stellende Klage ist die actio locati, die aus diesem Verhältniß für den Pächter entstehende Klage ist die actio conducti.

5) Der Pächter ist in der Regel berechtigt, die Sache wieder weiter zu verpachten. Dem Eigenthümer haftet aber nur der erste Pächter, zwischen diesem und dem Afterpächter entstehen blos persönliche Verpflichtungen.

Einer solchen weiteren Verpachtung kann sich der Eigenthümer widersetzen, wenn dieses durch den Vertrag untersagt war, oder wenn der Afterpächter der Sache gefährlich ist, oder beim Pachtvertrage auf besondere Geschicklichkeit des Pächters Rücksicht genommen war. (Thibaut P. R. § 514.)

6) Kündigung des Pachtes vor Ablauf der Pachtzeit ist auf Seite des Verpächters statthaft: a) wenn der Pächter zwei Jahre mit dem Pachtgelde im Rückstand geblieben ist. (l. 54 § 1 l. 56 D. [19. 2]. Nov. 120 cap. 8 — cap. 3 X [3. 18]. — M. L. R. Tit. XXVIII. § 2.) b) wenn derselbe das Pachtgut gegen die Regeln der Landwirthschaft behandelt (cap. 3 X. [3. 18]), c) wenn der Vermiether eines Hauses dasselbe zu seinem eigenen Bedarfe nothwendig hat. (c. 3 X. [3. 18].)

Von Seiten des Pächters kann der Pacht vor der Zeit gekündigt werden a) wenn ihm das Pachtobjekt nicht rechtzeitig überliefert wurde, wobei der Pächter sogar Ersatz des Gewinnes fordern kann, den er in der ganzen Pachtzeit gemacht haben würde (l. 24 § 4 l. 60 pr. D. [19. 2].); eine geringe Verzögerung wird hiebei nicht beachtet; b) wenn der Verpächter die nöthigen Ausbesserungen vorzunehmen sich weigert (l. 25 § 2 D. [19. 2]); c) wenn dem Pächter der Ertrag des Pachtobjektes, sei es vom Verpächter oder von Dritteren geschmälert wird, und der Verpächter dieser Beeinträchtigung nicht abhilft, sei es, daß er nicht will, oder daß er nicht kann (l. 25. § 2 l. 27. pr. l. 60 pr. D. [19. 2].); d) wenn der Pächter aus gegründeter Furcht vor Ereignissen, welchen er nicht Widerstand leisten kann, das Pachtobjekt verläßt, so ist er kein Pachtgeld schuldig, z. B. wegen zu besorgender Plünderung im Kriege. (l. 13 § 7. l. 27. § 1 D. [19. 2].)

7) Der deutschrechtliche Grundsatz „Kauf bricht Miethe“ ist nach Tit. XXVII. § 3 des M. L. R. aufgehoben, und jedenfalls ist der Verpächter, wenn er das Pachtobjekt verkauft, schuldig, den Pächter wegen nicht ausgehaltenen Bestandes zu entschädigen, d. h. die Beendigung der Miethe oder des Pachtes wird von der dem Miether oder Pächter zu leistenden Entschädigung abhängig gemacht.

Bei Zwangsverkäufen im Exekutionsverfahren ist zu untersuchen, ob die Forderung, wegen welcher die Exekution stattfindet, älter ist, als die Verpachtung, und die Miethe muß durch den Verkauf dann aufhören, wenn durch deren Fortdauer ältere Rechte gekränkt würden; wird aber die Zwangsversteigerung durch Geltendmachung solcher Chirographar-Forderungen herbeigeführt, welche erst nach dem Abschluß des Mieth- oder Pachtvertrages entstanden sind, so liegt kein Grund vor, die Rechte des Gläubigers denen des Miethers oder Pächters vorzuziehen.

Ein älteres oder neueres Pfandrecht ist gerade so zu beurtheilen, weil das Pfandrecht zwar die Befugniß zur Veräußerung umfaßt, jedoch nur das Recht, das Pfandobjekt in dem Zustande zu veräußern, wie es zur Zeit der

Pfandbestellung war, d. h. entweder frei oder mit dem darauf lastenden Miethvertrag. (Vergl. Bopp, Beiträge Bd. I. S. 185 not.*) Verkauft hiernach jemand ein bereits verpachtetes Objekt, so kann zwar der Käufer den Pächter vor Beendigung der Pachtzeit wegen des älteren Rechtes des Pächters nicht vertreiben, allein er kann vom Verkäufer Entschädigung fordern, wenn ihm dieser das obwaltende Pachtverhältniß verschwiegen hat, oder Auflösung des Kaufvertrages verlangen. (Bopp, a. a. O. S. 186.)

8) Wenn der Ehemann ohne Zustimmung der Frau deren Heirathsgüter oder Zubringen verpachtet hat, so braucht die Frau nach Trennung der Ehe den Pachtvertrag nicht zu halten, außer wenn sie ihren Gatten beerbt hat. (M. L. R. Tit. XXVII. § 5.) Kinder müssen sich dagegen als Erben der Mutter das Pachtverhältniß so lange gefallen lassen, als der Nutzgenuß des Vaters an ihrem Vermögen dauert.

Titulus XXVIII.

Von dem Emphyteusi, oder Erb-Bestand.

§ 1.

Was in Erbbestand gegeben werden könne.

„Es können auch Hauß, Güter, und andere Gerechtsame in Erbbestand gegeben werden, dergestalt, daß derjenige, deme der gleichen zugestanden würden, jährlich ein „Gewisses an Geld oder Früchten und so weiter zur Erkenntlichkeit dem Eigenthums-Herrn abreichen und liefferen „solle.“

§ 2.

Wann und wie der Erb-Beständer sich der Erbleihe verlustigt mache,

„Würde aber der Erbbeständer den versprochenen Pfacht, „zu latein Canonem genannt, in zweyen nach einander „folgenden Jahren (wann der Erbbestand von einer Kirch, „von einem Stifft, Closter, oder sonstiger milden Stiftung „herkommt, oder in dreyen Jahren, wann die Erbleyh von „einem weltlichen Herrn gegeben worden) nicht liefferen, so „solle der Erbbeständer des Bestandes verlustigt erkläret „werden.“

und wann nicht.

„Es wäre dann Sach, daß nach Verfliessung derer „zweyen oder respectivè dreyen Jahren die Herrschaft des „Guts einen Theil des rückständigen Pfachts oder Canonis „angenommen, und sich das Caducitäts- oder Verlustigungs-„Recht nicht ausdrücklich vorbehalten hätte, in welchem Fall „alsdann dafür gehalten werden solle, daß das Caducitäts-„Recht dem Beständer für dießmahl nachgelassen worden „seye.“

§ 3.

Angenommener Pfacht entkrafftet die Caducität.

„Eben also, wann sich zwar einer des Erbbestands „verlustiget gemacht hätte, die Herrschaft des Guts wüste „auch dieses, und nähme gleichwohlen den Erb-Pfacht für „die nachfolgende Jahr an, ohne ausdrücklichen Vorbehalt „der bereits verwürkten Caducität, so mag der Erb-Beständer „nicht entsetzet werden.“

§ 4.

Was wegen Erbbestand bei Erb-Theilungen zu thun.

„Ist ein Erbbestand einem gegeben worden für sich „und sein Söhn, so haben die Töchter keinen Theil daran, „jedoch solle bey der Elterlichen Theilung das Erbbestands-„gut mit der Rücksicht, daß es kein eigen Gut seye, in bil-„ligen Anschlag gebracht, und denen übrigen Töchtern und „Söhnen, welche keinen Theil an dem Erbbestand bekommen „oder haben können, rechtmäsige Vergütung in Geld oder „Güter pro rata geschehen."

§ 5.

Erb-Bestands-Erfolg.

„Ist der Erbbestand einem gegeben für sich und seine „Erben, so werden zu demselben nicht allein die Söhn und „Töchter zugelassen, sondern auch die ab Intestato den „letzten Besitzern erbende nächste Freunde, jedoch dergestalt, „daß diese den Erbbestand eben so zu besitzen und zu halten „schuldig, als wie derjenige, von dem sie solchen erben."

§ 6.

Pacta unter Erb-Leihe-Erben begreiffen den Eigenthümer nicht.

„Begäbe sich, daß bey vorkommenden Theilungen oder „sonsten, diejenige, so das Recht zu einem Erbbestand haben, „und aber Contract gemäß, denselben nicht insgesambt, „sondern nur einer solchen besitzen könnte, unter sich einig, „oder auch von dem Richter angewiesen worden, daß dieser „oder jener Sohn, oder, gestalten Sachen nach, die Tochter „den Erbbestand für sich und ihre Descendenten innehaben „und behalten, denen übrigen Geschwistern aber eine gewisse „Summam Geldes oder ein sonstiges Aequivalent geben „solle, und es verstürbe hernächst diejenige Person oder auch „nachgehends ihre Kinder, mithin diese Linie erloschen wäre, „so soll alsdann das Erbbestands-Gut dannoch nicht der „Herrschaft heimfällig sein, so lang noch rechtmäsige Erben „vorhanden, von dem oder denen, welche den Erbbestand dem „Verstorbenen oder des Verstorbenen Elteren abgetretten und „übergeben haben, sondern es sollen in dem Fall diese „wiederum eintretten, jedoch im übrigen dem Erb-Bestands-„Contract allerunschädlich, dann gleich wie dasjenige, was „sie Erben unter sich pactiret, ihnen zu keinem Nachtheil „und dem Eigenthums-Herrn zum Vortheil gereichen solle, „also hingegen auch dem Herrn dasjenige, was sie Erben „unter sich pactiret, zu keinem Schaden erwachsen, sondern „dero Erb-Bestands-Contract in allem gehalten werden solle."

§ 7.

Die Abtrettende haben keinen Regress zu dem caducirten.

„Hingegen hätten die Erben dem Erb-Bestands-Contract „gemäß, einem von ihnen das Erb-Bestands-Gut abgetretten „und ihr Aequivalent bekommen, dieser aber wäre hiernächst „so nachlässig, oder begienge etwas, wessentwegen der Eigen-„thums-Herr das Gut zu caduciren, und durch eine richter-„liche Declaratoriam einzuziehen, befugt und berechtiget

„würde, so solle denen, so das Gut abgetretten, und ihren „Erben kein weiterer Regress gestattet seyn, sondern sie sich „zuzuschreiben haben, daß sie einen solchen unter sich aus„ersehen, oder daß sie eine nicht bessere Obacht auf des „Letzten Thun und Lassen genommen haben.

§ 8.

Veräußerung bricht den Erbbestand.

„Veräusserte oder verbrächte ein Erbbeständer das Gut „ganz oder zum theil, ohne Wissen und Consens des Domini „directi, so solle derselbe des ganzen Erbbestands verlustiget „sein."

„Imgleichen solle die Verlustigung statt haben, wann „der Erb-Beständiger einen merklichen Schaden dem Erb„bestands-Gut zugefüget hätte."

§ 9.

Real-Lasten tragt der Erb-Beständer, auch Personal, wann selbige nicht übermäßig.

„Die ordinari und extraordinari Schatzung, Zinsen „und dergleichen hat der Erb-Beständer allein zu tragen, „wie auch die Einquartierung und andere Personal-Lasten, „es wäre dann Sach, daß, so viel die letztere betrifft, die„selbe ein merkliches austragen, und der Canon oder Erb„Pfacht so hoch angesetzt wäre, daß er einem temporal„Bestand-Pfacht gleich kommen thäte, welches Wir dem „richterlichen Ermessen anheim gegeben haben wollen."

---

§ 314.

Der deutschrechtliche Erbpacht ist ein der römisch-rechtlichen Emphyteusis analoges Rechtsverhältniß, ein der Regel nach veräußerliches dingliches Recht, auf vollkommene Benutzung eines in fremdem Obereigenthum befindlichen Grundstückes, mit der Verbindlichkeit zur Pflege desselben, und mit der Obliegenheit einer gewissen Abgabe an den Obereigenthümer, welche Canon genannt wird.

Bei mangelhafter Entrichtung dieses Canons, bei unberechtigten Veräußerungen, oder bei Absterben des Erbpächters und seiner Descendens fiel das Gut an den Obereigenthümer zurück.

Die ganze Lehre dieses Titels ist für Bayern unpraktisch geworden, nachdem durch art. 15 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 über die Aufhebung, Ablösung und Fixirung der Grundlasten die Heimfälligkeit der Güter ohne Entschädigung aufgehoben, für das Obereigenthum ein Aequivalent bestimmt, und sämmtliche Grundlasten für ablösbar erklärt wurden.

Die Regulirung der Ablösung oder Fixirung der Erbbestandszinsen ist den Administrativbehörden zugewiesen. (O. A. G. E. vom 26. April 1853 Regsbl. 1853 S. 617.)

Titulus XXIX.

Von Grund-Zinsen und deren Erneuerung*).

§ 1.

Grund-Zinsen, so in 30 Jahren nicht gefordert, seynd verlohren.

„Wann ein Grund-Zinnß in dreißig Jahren nicht „erhoben, auch keinmahl gefordert worden, soll er prae-„scribirt und verloren seyn, ohnangesehen der Kläger das „Petitorium vollständig beweisen wollte, damit die bishero „eingeschlichene große Unrichtigkeit wegen deren Zinnsen ab-„geschnitten werde, in massen dann auch in judicando auf „das Petitorium nicht mehr soll reflectiret werden."

§ 2.

Sollen alle 20 Jahr erneuert werden.

„Solle wenigstens alle zwanzig Jahr die Renovation „deren Zinsen, mittels Vorladung deren Begütherten durch „den offentlichen Glocken-Klang, auf Kösten des Zinns-Herrn, „vorgenommen, und in sothaner Renovation die speciale „Benennung eines jeden Grund-Stücks, und des darauf haff-„tenden Zinses einverleibet werden."

§ 3.

Die Einwendungen deren Censiten seynd zu hören.

„Da eine Erneuerung der Zinnsen vorgenommen wird, „und von denen Censiten einige Jahr keine Zinns gefordert „worden, mag er ihme auch nicht zugeschrieben werden, er „seye dann zuvor citirt, darüber von Gericht gehört, um „seine Einred, falls er eine hätte, dargegen thun zu können, „nach beschehener Einred, wann der Censit die Ursachen bey-„gebracht, warum er sich zu dessen Reichung nicht schuldig „erachte, derjenige aber, so den Zinnß praetendirt, dannoch „abzustehen nicht gemeynet wäre, so solle der behörige Richter „darüber ein Urtheil sprechen, falls auch der Richter schon

*) Aus der zu Tit. XXVIII. gemachten Bemerkung ergibt sich, daß auch Tit. XXIX. des M. L. R. seine Bedeutung verloren hat.

„jemand den Zinnß zu zahlen schuldig erkannt, so solle der=
„selbe dannoch diesem den Zinnß in der Renovation ehender
„nicht zuschreiben, biß sothanes Urtheil entweder in völlige
„Rechts=Krafft erwachsen, oder in denen Oberen Gerichten
„confirmiret, oder die Sach unter denen Partheyen also
„verglichen worden wäre;"

Erneuerung, ohne die Debenten zu hören, ist nichtig.

„Wann aber dergleichen Zinnß=Erneuerung ohne citir-
„und Anhörung deren debenten gemacht werden, so seynd
„selbige hiermit für null und nichtig erkläret, und das Ge=
„richt schuldig, solche auf seine Kösten nochmahlen zu machen."

Titulus XXX.

Von Schankungen.

§ 1.

Vätterlicher Gewalt hindert die Schankungen nicht.

„Es mögen Kinder denen Eltern und die Elteren denen „Kinder schencken, und hinderet hieran nicht, was wegen „gehabter Vätterlichen Gewalt in denen Kaiserlichen Rechten „daran sonst hinderlich gewesen."

§ 2.

Auch sogar unter Geschwistrigen.

„Eben also mag auch ein Bruder oder Schwester „seinem Bruder oder Schwester schenken, es seye unter „Lebendigen oder von Todtes wegen, ohnangesehen sie noch „unter der Elterlichen Gewalt stehen, wann der oder dieselbe „ein Eigenthum von Güter oder sonsten ererbet, oder bekom„men haben."

§ 3.

Schankung des gantzen Vermögens ist ungültig.

„Die Schankungen eines sambtlichen Vermögens und „aller Haabschafft und Güter seynd nicht gültig."

§ 4.

Widerrufung geschiehet nach denen gemeinen Rechten.

„Ob, und aus was Ursachen ein geschehene Schanckung „von dem donatore widerruffen werden könne, desfalls hat „es sein Bewenden mit deme, was in gemeinen Rechten sich „verordnet befindet."

---

§ 315.

Schenkung ist jede Freigebigkeit, wodurch jemand einem Anderen einen Vortheil einräumt, ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein. Insoferne der Beschenkte zur Gültigkeit ausdrücklich oder stillschweigend durch entsprechende Handlungen erklären muß, daß er das Geschenkte annehmen

wolle, ist auch die Schenkung ein Vertrag. Obgleich bei der Schenkung etwas ohne Vergeltung gegeben wird, ist doch damit nicht ausgeschlossen, daß das Geschenk zu einem Zwecke gegeben werden kann, wenn dieser nur den Vortheil des Beschenkten beabsichtigt. (M. L. R. Tit. XXV. § 6.)

Geschenke können gegeben werden zwischen Eltern und Kindern, und zwischen Geschwistern, selbst solange sie noch unter der elterlichen Gewalt stehen, weil das M. L. R. die römisch-rechtliche Personen-Einheit zwischen Vater und Haussohn nicht kennt [1]). (Tit. XXX. § 1. 2.)

Erforderlich ist natürlich im letzten Falle, daß die Geschwister etwas Eigenthümliches bereits besitzen.

Die Schenkung des ganzen Vermögens ist nach M. L. R. Tit. XXX. § 3 abweichend vom gemeinen Rechte (l. 72 pr. D. [23. 2], l. 12 D. [39. 5], l. 15 l. 35 § 3 C. [8. 54], l. 8 C. [8. 56] verboten.

Beträgt die Schenkung mehr als 500 Dukaten, so muß sie bei Gericht angezeigt und protokollirt werden. Eine Untersuchung darüber, ob in der Schenkung eine Verschwendung liege, steht indeß dem Richter nicht zu. — Eltern dürfen jedoch durch Schenkungen den Pflichttheil ihrer Kinder nicht verletzen. (M. L. R. Tit. IX. § 12.)

Bezüglich der Schenkungen von Todeswegen vergl. § 224.

Schenkungen unter Lebenden können, wenn sie vollendet sind, in der Regel nicht widerrufen werden. Jedoch ist der Widerruf von Seite des Schenkers (nicht seiner Erben) gegen den Beschenkten (nicht gegen dessen Erben) gestattet, wenn sich der letztere nachher undankbar bezeigte, indem er dem Schenker entweder nach dem Leben gestrebt, oder ihm grobe Injurien oder einen empfindlichen Vermögensnachtheil zugefügt, oder einen Modus (Zweck) der Schenkung nicht erfüllt hat. (§ 2 J. [2. 7], l. 1. 9. 10 C. [8. 56].)

Hat der Beschenkte in einem solchen Falle das Geschenk veräußert, so kann dasselbe zwar von dem dritteren Erwerber nicht zurückverlangt, aber der Beschenkte auf Ersatz dessen, was er daraus erlöst hat, verklagt werden (l. 7 C. [8. 56], l. 5 § 8—12 D. [24. 1], l. 7 § 3, l. 28 § 3. 4, l. 29 pr. l. 32 § 9, l. 50 pr. eod. l. 9 C. [5. 16], d. h. um die Klage mit Erfolg erheben zu können, ist nothwendig, daß entweder das Geschenk sich noch im Vermögen des Beschenkten befinde, oder daß Letzterer wenigstens dadurch noch fortdauernd, gleichgültig wie, bereichert sei.

Nicht vom Schenker, sondern von dritteren Personen können, und zwar gegen oder ohne den Willen des Schenkers, Schenkungen widerrufen werden a) von den Pflichttheilsberechtigten, wenn ihr Pflichttheil dadurch verkürzt wurde (S. 540. 541), b) von den Gläubigern wegen Benachtheiligung mit der actio Pauliana (S. 422 n. 1).

Diese Grundsätze finden aus dem gemeinen Rechte hierher Anwendung, weil das M. L. R. Tit. XXX. § 4 darauf verweist.

---

[1]) l. 1 § 1 D. (46. 6) „Si pater filio quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet, quoniam nulla donatio fuit“.

Titulus XXXI.

Von Transactionen oder Vergleichen.

§ 1.

Ein Vergleich hat nur in zweifelhaften Sachen statt,

„Eine Transaction mag nicht gemacht werden, als in „streitigen, zweiffelhafften und ohnentschiedenen Sachen oder „Prozessen, im übrigen gilt es gleich, in was Worten oder „Weiß solcher Vergleich eingerichtet werde."

§ 2.

auch nach dem Urtheil, so nicht Rechts-Krafftig.

„Es mag auch ein Vergleich getroffen werden nach „gefälltem Urtheil, wann nemblich der eine Theil appelliret, „Revision oder Restitution gesucht, oder sonst eine Nulli-„täts-Klag instituiret hätte."

§ 3.

Vergleich soll das Gericht stifften,

bey Gerichtlichen hat Laesio kein statt,

„Zu Verhütung kostbahrer Prozessen, wollen Wir, „daß die Gerichten bey allen vor sie kommenden Streitsachen „bedacht seyn sollen, die Partheyen gütlich zu vergleichen, „falls nun der Vergleich bey Gericht getroffen, oder gericht-„lich bestättiget wird, so soll es alsdann dabey sein ohn-„abänderliches Verbleiben haben, und dargegen wegen einiger „Laesion niemand gehöret werden."

§ 4.

wohl aber bei außergerichtlichen.

„Wäre aber jemand in einem aussergerichtlichen Ver-„gleich über die Helfft vervortheilt, so kan er begehren, daß „man ihme ersetze, warum er verkürtzet worden, oder daß „man den Vergleich gar umstosse, jedoch wäre dem Beklagten „die Wahl zu lassen, ob er dasjenige, so an der Helfft des „wahren Werths abgehet, ersetzen, oder aber den Vergleich „auffheben lassen wolle; wäre aber die Vervortheilung nicht „über die Helfft, so solle es bey dem Vergleich bleiben."

§ 5.

Ein Transigens über ein Testament muß informiret sein. Wann er sich der Exception nicht begeben.

„Ueber ein Testament und darinnen enthaltene Punkten „oder Vermächtniß mag nicht transigirt werden, ehe der„jenige, welcher den Vergleich trifft, das Testament gelesen, „oder lesen hören, oder dessen Innhalt vorhero genugsam „gewust. Wann aber derselbe dieser Exception sich aus„drücklich und in specie begeben, so wäre er mit derselben „nicht mehr zu hören."

§ 6.

Die Verleithung durch Arglist muß erwiesen werden.

„Würde auch Jemand vorgeben, daß er durch seines „Gegners Arglist und Betrug zu der Transaction wäre „verleitet worden, so muß er sothanes sein Angeben klärlich „erweisen."

§ 7.

Wie ein Vormund sich vergleichen könne.

„Es mag auch ein Vormund oder Curator einen Ver„gleich machen über seiner Pupillen Güter, doch dergestalten, „daß derselbe zuvor, ehe er einen Vergleich eingehe, darüber „mit des Kinds nächsten Freunden zu rathgehe, sich bey ge„troffenem Vergleich vorbehalte, daß er es dem Gericht vor„tragen wolle, so er dann auch vordersamst zu thun schuldig, „und falls das Gericht darfür haltet, daß der Vergleich dem „Kind dienlich seye, so hat er sich hierüber einen schrifftlichen „Bescheid geben zu lassen."

---

§ 316.

Die Lehre des M. L. R. Tit. XXX. § 1—3 über Vergleiche in Rechtsstreiten ist durch die bayr. G. O. cap. III. § 7 und das Prozeßgesetz von 1837 § 9. 13. 22. 49, sowie die weiteren Bestimmungen der G. O. cap. XVII. § 1 ersetzt worden.

Wegen Verletzung über die Hälfte durch einen außergerichtlichen Vergleich siehe § 314.

Ueber Vergleiche bei Testamenten siehe § 228.

Ueber Vergleiche der Vormünder siehe G. O. cap. XVII. § 1 nr. 6 u. 7.

Im Allgemeinen ist Vergleich ein Vertrag, wodurch zwei oder mehrere Personen ein unter ihnen streitiges oder auch nur zweifelhaftes Rechtsverhältniß durch gegenseitiges Nachgeben feststellen [1]). Zur Gültigkeit ist die Einwilligung aller Betheiligten genügend. Die Wirkung besteht darin, daß jeder Theil den andern auf Erfüllung des Vergleiches, oder auf Erlegung der verabredeten Strafe belangen kann. Ein obwaltender Irrthum über die verglichene Sache ist bedeutungslos, während ein Irrthum über einen Punkt, den die Contrahenten nicht für zweifelhaft hielten, den Vergleich ungültig macht [2]).

---

[1]) Ueber einen durch Erkenntniß entschiedenen Rechtsstreit kann kein Vergleich mehr geschlossen werden. (l. 32 C. [2. 4].) Von der Schenkung unterscheidet sich daher der Vergleich dadurch, daß man durch erstere einen gewissen und unzweifelhaften Gegenstand aus Freigebigkeit aufgibt oder erläßt. (l. 1 C. [2. 15].)

[2]) Z. B. wenn ein Vergleich auf Grund einer falschen, für ächt gehaltenen Urkunde abgeschlossen wurde. (l. 10. 42 C. [2. 4].)

Titulus XXXII.

Von denen Früchten, Nutzungen und deren Zuerkennung.

§ 1.

Malae fidei Possesor muß die Früchten herausgeben,

bonae fidei nicht,

„Derjenige, so mala fide, oder wissentlich mit unrecht „unbewegliches Gut besitzet, wie auch dessen Erb ist die er= „hobene oder zu erheben gewesene Früchten, nach Abzug „deren erweißlichen Bau=Kösten, herauszugeben schuldig, der „aber bona fide unwissentlich und in gutem Glauben der= „gleichen besitzet, der ist nicht verbunden, die Früchten, so „durch jährlichen Bau haben müssen erzogen werden, als „auch die ohne solchen Bau zu wachsen pflegen, zu erstatten, „wann sie von ihme verzehret, oder veräusseret worden, er „seye gleich durch solche Früchten reicher worden, oder nicht, „eine andere Beschaffenheit aber hat es mit denen annoch „auf dem Feld stehenden, oder sonsten vorräthigen Früchten, „als welche letztere der Besitzer, wann dieselbe nicht durch „dreyjährige Verjährung eigen gemacht worden, auch zu „restituiren schuldig ist."

§ 2.

er werde dann in malam fidem gesetzt.

„So lang einer bona fide etwas besitzet, ist er die „Früchten, wie anjetzo erwehnet, nicht zu vergüten schuldig, „sobald er aber malam fidem, oder die Wissenschaft, daß „es eine ihm nicht rechtmäßig zugehörige Sach seye, von der „Zeit der bey Gericht erhobenen und communicirten Klag, „oder sonsten überkommet, ist er zu deren Ausliefferung oder „Vergütung verbunden, und darzu zu condemniren."

§ 3.

Nicht einge- klagte fructus mögen noch begehrt,

„Wann die Früchten, vor den gefällten Urtheil in der „Hauptsach nicht wären begehrt, oder von dem Richter dar= „über zu sprechen unterlassen worden, so mögen selbige dan= „noch hernach besonders gesucht, und nach Befund deren „Umständen, rechtlich zuerkannt werden."

§ 4.

auch die vergessene nebst Interessen noch zuerkannt werden.

„Wann es aber klar, daß der Litigant die Früchten, „Interesse und Köften zu ersetzen schuldig, und diese wären „aus Einfallt der Partey, oder Unwissenheit deren Anwälden „vergessen worden zu begehren, so mögen sie doch von richter„lichen Ambts-wegen ihme zuerkannt werden.“

---

§ 317.

Wer etwas in der festen — wenn gleich irrigen — Meinung besitzt, daß er der Eigenthümer der Sache, oder wenigstens zum Innehaben dieser Sache berechtigt sei, besitzt die Sache in gutem Glauben (bona fide); wer sich dagegen bewußt ist, daß er die Sache unrechtmäßig erlangt habe, und sie in diesem Bewußtsein fortbehält, besitzt dieselbe in bösem Glauben (mala fide).

Der Besitzer in gutem Glauben kann in bösen Glauben versetzt werden, sobald er erfährt, daß er sie unrechtmäßig besitzt, und von diesem Augenblicke an muß er nicht blos die Sache selbst, sondern auch die von da an von der Sache gezogenen Früchte an den wirklich Berechtigten herausgeben [1]). Eine gleiche Wirkung entsteht für den Besitzer, sobald ihm eine Klage auf Herausgabe der Sache zugestellt ist, mögen die Früchte ausdrücklich darin verlangt sein, oder nicht, denn die Früchte können auch in gesonderter Klage verlangt werden [2]). Das Ergebniß des Rechtsstreites resp. das Urtheil wirkt für den Besitzer in schlechtem Glauben bis zum Anfange seines Besitzes, für den Besitzer in gutem Glauben bis zur Mittheilung der Klage rücksichtlich des Ersatzes der bezogenen Früchte und Zinsen zurück.

Dagegen erwirbt der Besitzer in gutem Glauben alle Früchte der Sache durch ihre blose Lostrennung von dem fruchtbringenden Gegenstand. (l. 48 D. [41. 1]). Allein dieses Eigenthum an den Früchten ist, wie schon bemerkt (soweit nicht der auf die Gewinnung der Früchte nothwendige Aufwand an Kosten und Arbeit abgezogen werden muß), insoferne widerruflich, als der Empfänger von Erhebung des Prozesses an die noch vorhandenen Früchte mit der Hauptsache zurückgeben muß. Ist die Eigenthumsklage auf die Sache selbst, z. B. wegen deren Untergang weggefallen, so hat auch der Besitzer in gutem Glauben die Früchte nicht zu erstatten, was jedoch vom Besitzer im bösen Glauben nicht gilt.

---

[1]) M. L. R. Tit. XXXII. § 1. 2.

[2]) M. L. R. Tit. XXXII. § 3.

Verliert der Besitzer in gutem Glauben den Prozeß, so wird er von der Mittheilung der Klage an dem Besitzer in bösem Glauben ganz gleich geachtet. (Erkenntniß des Revisions-Gerichts vom 15. Dezember 1780, J. S. Pahlen gegen Pahlen.) Es ist gleichgültig, ob er die Früchte noch besitzt, oder nicht, ob er durch sie bereichert worden ist, oder nicht, er muß sie ersetzen, und der Richter kann solche Früchte sogar ungefordert zuerkennen, wenn es offenbar ist, daß die Klage nur aus einem Versehen nicht darauf gerichtet wurde. (M. L. R. Tit. XXXII. § 4.) Diese letztere Bestimmung des Statuts widerstreitet jedoch dem allgemeinen processualen Grundsatze daß der Richter über die Anträge der Parteien nicht hinausgehen, und nichts zuerkennen darf, was von den Parteien nicht gefordert wurde.

Sach-Register.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten des Werkes. — n. bezeichnet die Anmerkungen.)

S.

T.

Digitized by Google